Haupt- und Nebenleistung

- Zur Funktion und systematischen Einordnung des Begriffspaares in den §§ 323 ff BGB -

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt
von
Bruno Stephan
aus Würzburg

Göttingen 1975

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41534923_0028

Haupt- und Nebenleistung

- Zur Funktion und systematischen Einordnung des Begriffspaares in den §§ 323 ff BGB -

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt
von
Bruno Stephan
aus Würzburg

Göttingen 1975

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Berichterstatter: Professor Dr. jur. Uwe Diederichsen
Mitberichterstatter: Professor Dr. jur. Gerd Rinck
Tag der mündlichen Prüfung: 12. Februar 1975

Inhaltsverzeichnis

Seite

A. Einführung 1

I. Das Problem 1

II. Zur Terminologie 9

III. Gang der Darstellung 12

B. Haupt- und Nebenleistung als Kriterium der Abgrenzung der §§ 323 ff von den §§ 280 ff in Hinblick auf die Verschiedenartigkeit der Leistungspflichten aus gegenseitigem Vertrag? 14

I. Der Gesetzestext und die Abgrenzung 14

1. Zur Reichweite des Tatbestandsmerkmals "gegenseitiger Vertrag" für das Abgrenzungsproblem 14

2. Die Aussage des Funktionszusammenhanges für das Abgrenzungsproblem 15

3. Die (scheinbare) Unvollständigkeit des Gesetzes zur Frage der Anwendbarkeit der §§ 323 ff auf alle der Erreichung des Geschäftszwecks dienenden Einzelleistungspflichten einer Vertragspartei 16

II. Die Behandlung des Abgrenzungsproblems durch das RG: Unterscheidung von Haupt- und Nebenleistung 18

1. Die Zwecke der Einschränkung

- Analyse der höchstrichterlichen Entscheidungen - 20

a) RGZ 53 161

- zivilrechtliche Verhältnismäßigkeit von Tatbestand und Rechtsfolge - 20

aa) Eine materiell nicht gerechtfertigte Rechtsposition soll erst gar nicht entstehen. 22

bb) Der Grundsatz der Vertragstreue (pacta sunt servanda) 23

b) RGZ 57 105 25

c) RGZ 76 150 25

d) Die Rechtsprechung des RG im übrigen 27

e) Die Rechtsprechung des BGH 28

Seite

f) Ergebnis der Analyse 28

2. Zum methodischen Vorgehen des RG 28

a) Rechtsfindung secundum legem 28

b) Das Auslegungsergebnis und der mögliche Wortsinn 29

c) Rechtsfindung praeter legem durch teleologische Reduktion 34

III. Rechtfertigen die vom RG hervorgehobenen Zwecke die Einschränkung der §§ 323 ff? 35

1. Die ermittelten Rechtsprinzipien und ihre Tragweite beim Verzug des Schuldners mit einer Leistung aus gegenseitigem Vertrag 36

a) Das Verbot der mißbräuchlichen Rechtsausübung 36

aa) Das Ausweichprinzip 37

bb) Zweckwidrigkeit der Rechtsausübung 38

b) Der Grundsatz der Vertragstreue - pacta sunt servanda - 43

aa) Inhalt und Funktion des Grundsatzes 45

aaa) Der Grundsatz ist nicht der Geltungsgrund der Verpflichtungsgeschäfte. 46

bbb) Der Grundsatz als Gegenkraft zu den für eine Vertragsauflösung sprechenden Umständen 49

bb) Die Beachtung von Inhalt und Funktion des Grundsatzes durch das RG 52

2. Zur Teleologie der §§ 323 ff 54

3. Zwischenergebnis 57

IV. Ist dem RG im methodischen Vorgehen (Rechtsfindung praeter legem) zu folgen?

- Vorrang der Gesetzesauslegung gegenüber der Rechtsfortbildung - 57

1. Enge Grenzen einer Interpretation des Ausdrucks Leistung in den §§ 323 ff 57

2. Das Abgrenzungsproblem nicht treffende Interpretationsmöglichkeiten 58

Seite

3. Leistung in den §§ 323 ff als synallagmatische Leistung 59

a) Die Funktion der §§ 323 ff 60

b) Zum Umfang der synallagmatischen Leistungsverknüpfung 61

c) Die Deutung synallagmatische Leistung beruht auf Rechtsfindung secundum legem 68

d) Die Deutung synallagmatische Leistung bewirkt die gebotene Einschränkung der §§ 323 ff für einen Teilbereich 71

Zwischenergebnis 76

4. Die Deutung synallagmatische Leistung schließt das Begriffspaar Haupt- und Nebenleistung als Kriterium der Abgrenzung der §§ 323 ff von den §§ 280 ff in Hinblick auf die Verschiedenartigkeit der Leistungspflichten aus gegenseitigem Vertrag aus. 77

a) Nichtberücksichtigung der synallagmatischen Natur einer Leistungspflicht 78

b) Verfehlte Einordnung einer Nebenleistungspflicht, um den berechtigten Parteiinteressen gerecht zu werden 80

C. Haupt- und Nebenleistung als Kriterium der Abgrenzung der Vollrechtstatbestände von den Teilrechtstatbeständen innerhalb der §§ 323 ff 85

I. Die Konzeption der (sog.) Theorie der Gesamtleistung 85

II. Die Theorie der Gesamtleistung berücksichtigt hinreichend die vom RG verfolgten Zwecke. 87

1. Das Merkmal Fortfall des Interesses an der teilweisen Vertragserfüllung in den §§ 325 I 2, 326 I 3 und seine Bedeutung 87

2. Die Ergebnisse bei Interessefortfall

- Zum Beurteilungszeitpunkt für die Einordnung einer Leistung als Haupt- oder Nebenleistung - 88

3. Die Ergebnisse bei vorhandenem Interesse

- Zur Frage des Ausschlusses des Teilrücktrittsrechts - 93

Seite

III. Die dogmatischen Schwierigkeiten der Theorie der Gesamtleistung

- Die Begriffe (Gesamt-)Leistung und Teilleistung - 97

1. Die Lehre HIMMELSCHEINS 99

2. Die Lehre vom gegenständlichen Gesamtleistungsbegriff 100

3. Kritik und eigene Stellungnahme 102

a) Zum Begriff der Teilleistung 103

b) Zum Begriff der (Gesamt-)Leistung 105

c) "Leistung" sowohl als Gesamtleistung wie auch als vertragstypische (Haupt-) Leistung 110

D. Bestimmung und Abgrenzung der Begriffe 112

I. Abgrenzung der Leistungspflichten von den sog. Nebenpflichten 112

1. Abgrenzung nach dem Inhalt des geschuldeten Verhaltens 113

2. Sind inhaltlich nichtgegenständliche Pflichten Nebenleistungspflichten, wenn sie dem Leistungserfolg dienen oder ihn sichern sollen? 114

3. Zum Begriff der Leistungsstörung 118

4. Die Terminologie ESSERS 118

5. Charakterisierung der Nebenleistung 119

II. Abgrenzung der Hauptleistungspflichten von den Nebenleistungspflichten 120

1. Kriterium: Bedeutung der Leistungspflicht für den Geschäftszweck 120

2. Kriterien, nach denen die Bedeutung der Leistungspflicht festzustellen ist. 121

a) Bestimmung allein vom Parteiwillen her? 121

aa) Die Ansicht des RG 121

bb) Die Ansicht der h.L. 121

b) Die objektive Abgrenzungstheorie 122

c) Eigene Stellungnahme 124

Seite

3. Strenge Anforderungen an die Einordnung einer Leistung von objektiv nur untergeordneter Bedeutung als Hauptleistung 129

III. Zur Einbezogenheit von Nebenleistungspflichten in das Synallagma 130

E. Zusammenfassung 134

Schrifttumverzeichnis

Bechmann, August	Der Kauf nach gemeinem Recht, Erster Teil, Geschichte des Kaufs im römischen Recht, Erlangen 1876
Blomeyer, Arwed	Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl., Berlin und Frankfurt 1969
Brox, Hans	Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl., München 1971
Bydlinski, Franz	Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, Wien New York 1967
Canaris, Claus-Wilhelm	Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, München 1971
	Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964
	Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen, JZ 1965 S. 475 ff
Chone, Paul	Die Zusicherung einer noch nicht vorhandenen Eigenschaft, insbesondere die Rechte des Käufers bei Nichteintritt der Eigenschaft, Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Band 61 S. 199 ff (1917)
Clasen, Heinrich	Anm. zu OLG Hamm, NJW 1964 S. 1373, ebenda
Coing, Helmut	Die obersten Grundsätze des Rechts, Ein Versuch zur Neugründung des Naturrechts, Schriften der SJZ, Heft 4, Heidelberg 1947
	Zum Begriff der Teilleistung, SJZ 1949 Sp. 532 ff
Diederichsen, Uwe	Der Allgemeine Teil des BGB für Studienanfänger, Karlsruhe 1969
Dilcher, Hermann	Typenfreiheit und inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei Verträgen, NJW 1960 S. 1040 ff
Düringer-Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl., Band 3

Ehrenzweig, Armin	Über den Rechtsgrund der Vertragsverbindlichkeit, Wien 1889
Engisch, Karl	Einführung in das juristische Denken, 5. Aufl., Stuttgart Berlin Köln Mainz 1971
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen 1959/60
Erman-(Bearbeiter)	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., Band I, Münster 1972
Esser, Josef	Schuldrecht, 4. Aufl., Band I und II, Karlsruhe 1970/71
	Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956
Flume, Werner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, Berlin-Heidelberg-New York 1965
	Kaufvertrag und Werkvertrag in der Umstellung (§ 18 Abs. 1 Ziff. 2 UG), SJZ 1949 Sp. 88 ff
Fikentscher, Wolfgang	Schuldrecht, 4. Aufl., Berlin-New York 1973
Frotz, Gerhard	Zur Schadensersatzhaftung des Mieters wegen vertragswidrig nicht ausgeführter Schönheitsinstandsetzungen, NJW 1963 S. 884 ff
Heck, Philipp	Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
Herholz, Felix	Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung, AcP 130 S. 257 ff
Himmelschein, Jury	Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen, AcP 135 S. 255 ff
	Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung, AcP 158 S. 273 ff
von Hippel, Fritz	Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Tübingen 1936

Hoeniger, Heinrich	Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge, 1910
Hubmann, Heinrich	Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 155 S. 85 ff
Jakobs, Horst Heinrich	Unmöglichkeit und Nichterfüllung, Bonn 1969
Kirn, Michael	Leistungspflichten im gegenseitigen Vertrag, JZ 1969 S. 325 ff
Kisch, Wilhelm	Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen, Jena 1900
Köpcke, Günther	Typen der positiven Vertragsverletzung, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1965
Krahmer, Horst	Gegenseitige Verträge, Halle 1904
Kress, Hugo	Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, München 1929
Kröger, Detlev	Nebenleistungen bei gegenseitigen Verträgen, Dissertation, Stuttgart 1935
Larenz, Karl	Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., München 1972
	Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1970
	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1969
	Über das Verhältnis von Interpretation und richterlicher Rechtsfortbildung, Festschrift für Karl Olivecrona, Stockholm 1964
	Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 64, Karlsruhe 1965
	Die teleologische Beziehung im Verhältnis von Haupt- und Nebenansprüchen, AcP 129 S. 1 ff
	Vertrag und Unrecht, Hamburg 1936

Losert, H.	Die Nebenpflichten im bürgerlichen Recht, Dissertation, Würzburg 1961
Medicus, Dieter	Bürgerliches Recht, Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 6. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1973
Merz, Hans	Privatautonomie heute- Grundsatz und Rechtswirklichkeit, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 95, Karlsruhe 1970
	Auslegung, Lückenfüllung und Normenberichtigung, in AcP 163 305
Mugdan, B.	Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Protokolle, Berlin 1899
Nipperdey, Hans-Carl	Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung, Mannheim-Berlin-Leipzig 1921
Oertmann, Paul	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., Berlin 1928
	Entgeltliche Rechtsgeschäfte, Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, 23. Band, 3. Heft, München 1912
Palandt-(Bearbeiter)	Bürgerliches Gesetzbuch,Kurzkommentar, 33. Aufl., München 1974
Pawlowski, Hans-Martin	Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, Göttingen 1966
Planck-Siber	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, II. Band, 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., Berlin 1914
Raiser, Ludwig	Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1960, Band I, S. 101
Rehfeldt-Rehbinder	Einführung in die Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin New York 1973
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von RG-Räten und Bundesrichtern, 11. Aufl., I. Band, 2. Teil, Berlin 1960

Rittner, Fritz	Über die Entbehrlichkeit des sog. genetischen Synallagmas, in Festschrift für Heinrich Lange, S. 213 ff, München 1970
Roquette, Hermann	Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Systematischer Kommentar, Tübingen 1966
	Anm. zu KG Berlin, JW 1934 1428, ebenda
Säcker, Franz-Jürgen	Rechtsgeschäftsauslegung und Vertrauensprinzip, JurA 1971 S. 509 ff
Schlechtriem	Zivilrechtliche Probleme des Kraftfahrzeugbriefes, NJW 1970 S. 1993, 2088 ff
Schmidt, Eike	Nachwort, in: Rudolf von Jhering, Culpa in contrahendo, Hermann Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, Bad Homburg v.d.H. Berlin-Zürich 1969, S. 131
Schmidt-Rimpler, Walter	Die Gegenseitigkeit bei einseitig bedingten Verträgen, insbesondere beim Versicherungsvertrag, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Synallagma, Stuttgart 1968
	Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 S. 130 ff
Schmitz, Karl Heinrich	Die Übernahme bei Schönheitsreparaturen durch den Mieter, MDR 1966 S. 283 ff
Schulze, Reinhold	Die Verletzung von Nebenleistungspflichten im gegenseitigen Vertrag und ihre Auswirkung auf das Synallagma, Dissertation, Tübingen 1954
Schunkert, Josef	Nebenverpflichtungen beim Kaufvertrag, Anwendung des § 326, Dissertation, Köln 1925
Siebert, Wolfgang	Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, Marburg 1934
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar, Band 2, Schuldrecht I, 10. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln Mainz 1967
Staub, Hermann	Die positiven Vertragsverletzungen, Neudruck, Bad Homburg v.d.H. Berlin Zürich, 1969

Staudinger-(Bearbeiter)	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse Teil 1 a, 11. Aufl., Berlin 1967, Teil 1 b, 11. Aufl., Berlin 1961, Teil 1 c, 10./11. Aufl., Berlin 1967, Teil 2, 11. Aufl., Berlin 1955
Steinwenter, A.	Die Vertragstreue im Bürgerlichen Recht, in Juristische Blätter (Wien) 1950 S. 173 ff, 197 ff, 225 ff, 250 ff
Stoll, Heinrich	Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, in AcP 136 S. 257 ff
	Die Lehre von den Leistungsstörungen, Tübingen 1936
Thiele, Wolfgang	Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967 S. 649 ff
von Tuhr, Andreas	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Band, Allgemeine Lehren und Personenrecht, Berlin 1910, 2. Band, 1. Hälfte, Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, Berlin 1914, (beide im unveränderten Nachdruck, Berlin 1957)
Wicher, Reinhard	Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung, AcP 158 S. 297 ff
Wieacker, Franz	Leistungshandlung und Leistungserfolg im Bürgerlichen Schuldrecht, in Festschrift für H.C.Nipperdey zum 70. Geburtstag, Band I S. 783 ff München-Berlin 1965
	Vertragsbruch und Gewissensnot, JZ 1954 S. 466 ff
	Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Recht und Staat 193/194, Tübingen 1956
	Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967
Wilburg, Walther	Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht, Graz 1950
Windscheid, Bernard	Lehrbuch des Pandektenrechts, 6. Aufl., Frankfurt 1887, 7. Aufl., Frankfurt 1891

Wolf, Manfred — Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970

Würdinger-(Bearbeiter) — Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, begründet von Hermann Staub, 4. Band, 3. Aufl., Berlin 1970

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für zivilistische Praxis (Band und Seite)
BB	Der Betriebsberater (Jahr und Seite)
BGH Warn	Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Jahr und Nummer)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Band und Seite)
DB	Der Betrieb (Jahr und Seite)
E	Entwurf
Gruch	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Band und Seite)
GRuR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr und Seite)
JT	Juristentag
JurA	Juristische Analysen (Jahrgang und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
JZ	Juristen-Zeitung (Jahr und Seite)
LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring (Gesetzesstelle und Entscheidungsnummern)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
Mot.	Motive zum BGB
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
Prot.	Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des BGB
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band und Seite)

SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Band und Nummer)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (Jahr und Spalte)
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht (Jahr und Seite)

Es werden im übrigen nur allgemein gebräuchliche Abkürzungen verwendet.

A. Einführung

I. Das Problem

Bereits im gleichen Jahre, in dem das BGB in Kraft trat, stellte KISCH[1] fest,"daß die §§ 323 ff BGB nicht notwendig auf alle Verbindlichkeiten Anwendung finden, die sich aus gegenseitigen Verträgen ergeben". Diese Erkenntnis wurde schnell Allgemeingut und ihre Richtigkeit wird auch heute nicht bezweifelt Ebenso anerkannt ist, daß die aus dem Anwendungsbereich der §§ 323 ff ausgeschlossenen Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen im Falle der Unmöglichkeit und des Verzuges nach den allgemeinen Normen zu behandeln sind, also insbesondere nach den §§ 280, 286[2].

Damit erhebt sich die Frage, wie der Anwendungsbereich der §§ 323 ff von dem der §§ 280 ff für Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen abzugrenzen ist. Sie wurde vom RG in einer Entscheidung aus dem Jahre 1902[3] für die Verzugsregeln dahingehend beantwortet, daß § 326 I 1,2 nur bei Störung einer Hauptleistung, bei Störung einer Nebenleistung aber § 286 anzuwenden ist. Für die Unmöglichkeitsregeln ist zwar eine ebenso eindeutige Aussage nie getroffen worden[4], doch unterliegt die Gültigkeit

---

1) Unmöglichkeit, S.7.
2) Auch diese Aussage traf bereits Kisch, aaO, allerdings dem Thema seiner Arbeit entsprechend eingeschränkt auf die Fälle der Unmöglichkeit.
3) RGZ 53 161.
4) Das beruht darauf, daß die Gerichte stets Fälle zu entscheiden hatten, in denen jeweils Verzug vorlag. Die tatsächliche Beschränkung der Fälle auf Verzug resultiert wiederum daraus, daß sog. Nebenleistungen - insbesondere die viel besprochene Abnahmepflicht - selten oder nie unmöglich werden. S. aber RGZ 88 37, wo als Nebenleistungspflicht, die unmöglich geworden sein könnte, die Pflicht des Verkäufers zur Versendung des Kaufgegenstandes diskutiert wird; das RG qualifizierte die Versendungspflicht wegen besonderer Umstände des Einzelfalles allerdings als Hauptleistungspflicht.

des gleichen Kriteriums für diese Regeln keinem Zweifel[1]. So wird denn auch von niemandem die Ansicht vertreten, das Tatbestandsmerkmal Leistung bedeute Hauptleistung in § 326 I 1 nicht aber in § 325 I 1.

Das Kriterium Haupt- und Nebenleistung wurde beibehalten, und es bildete sich alsbald eine entsprechende gefestigte Rechtsprechung[2], die auch der BGH fortführt[3]. So heißt es denn in einer neueren Entscheidung des BGH[4]: "Nach allgemeiner Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum stehen einem Gläubiger die Rechte des § 326 BGB nur zu, wenn sich der Schuldner mit einer Hauptleistung in Verzug befindet."

Diese Behauptung des BGH trifft jedoch auf das Schrifttum nur scheinbar zu. Zwar hat das Kriterium Haupt- und Nebenleistung weitestgehend Eingang in die Literatur gefunden[5] und dort nur wenig Kritik

---

1) Vgl. RGZ 88 37; PLANCK-SIBER, § 323 Anm. 2 b, S. 369 f; SCHULZE, S. 49; KRÖGER, S. 45.

2) RGZ 57 105, 108 ff; 69 103, 76 150,153; 92 268, 270; 101 429; 103 257,258; 103 376,380; 105 167, 168; 107 345,346; 110 275,284; 118 288,293; 121 48; 138 192; 149 195; 168 261; 265; RG JW 1910 750 Nr. 7; 1923 46 Nr. 6; 1924 537 Nr. 6; 1927 1416 Nr. 12; KG JW 1934 1428 Nr. 1.

3) erstmalig in NJW 1953 1347; ferner NJW 1968 491; NJW 1972 99; NJW 1973 2211; LM Nr. 15 zu § 326 (A); vgl. auch LM Nr. 16 zu § 138 (Bb), Abschnitt IV; für die Instanzgerichte vgl. OLG München, NJW 1968 1880, 1882.

4) NJW 1972 99, r.Sp.

5) s. BLOMEYER, § 29 IV 3, S. 157 f; BROX, RNr. 278; ENNECCERUS-LEHMANN, § 4 II 2, S. 21, und § 105 1, S. 421, und § 52 II 3, S. 223; ESSER, § 5 III 1, S. 24 ff, und § 49 IV, S. 353; FIKENTSCHER, § 8 3, S. 29 ff, und § 66 V, S. 356 ff; LARENZ, § 23 II b, S. 263 f; MEDICUS, § 11 II, S. 84 f; KÖPCKE, S. 55 ff, 128, 163; ERMAN-SIRP, § 242, RNr. 50 ff; ERMAN-BATTES, § 326, RNr. 15 ff; PALANDT-HEINRICHS, § 326, Anm. 3 b, und Einl. v. § 241, Anm. 1 e; RGRK-WILDE, § 326, Anm. 6; SOERGEL-SCHMIDT, § 326, STAUDINGER-KADUK, § 326, RNr. 73 ff, und VORBEM vor §§ 320 ff, RNr. 20; WÜRDINGER/RÖHRICHT, vor § 373, Anm. 290 ff; an Dissertationen sind insbesondere die von SCHUNKERT, KRÖGER, SCHULZE und LOSERT zu nennen.

erfahren[1]. Gleichwohl zeigt sich im Schrifttum zur Abgrenzung der §§ 323 ff von den §§ 280 ff große Unsicherheit und Verwirrung[2]. Ein Teil des Schrifttums folgt der Rechtsprechung und nimmt die Abgrenzung nach der Unterscheidung Haupt- und Nebenleistung vor[3]. Ein anderer Teil differenziert nach synallagmatischen und nichtsynallagmatischen Leistungspflichten und erklärt für die ersteren die §§ 323 ff, für die letzteren die §§ 280 ff für anwendbar[4]. Wiederum andere Autoren[5] kombinieren die beiden Begriffspaare und gelangen zu vier Kategorien: synallagmatische Haupt- und Nebenleistung einerseits und nichtsynallagmatische Haupt- und Nebenleistung andererseits. Entscheidend für die An-

---

1) so aber von: HECK, § 42 Ziffer 13, der die Unterscheidung als undurchführbar und unangemessen bezeichnet; OERTMANN, § 326, Anm. 3 e und g, m.w.N. zum älteren Schrifttum; PLANCK-SIBER, § 323, Anm. 2 b, 5370, kennzeichnet die Unterscheidung als zu unsicher; KÖPCKE, S. 54 f, bezeichnet die Angriffe gegen den Begriff der Nebenleistung als nicht gerechtfertigt, lehnt es aber ab, von dem Kriterium wichtige und entscheidende Rechtsfolgen abhängig zu machen. Ebenso schon CHONE, S. 215 ff, HOENINGER, S. 115; sowie die Dissertationen von SCHULZE und KRÖGER, passim.

2) Hierauf weist im neueren Schrifttum nur MEDICUS, § 11 II, S. 84 f, hin: "Überhaupt ist die Einteilung in Haupt- und Nebenpflichten nur dann sinnvoll möglich, wenn man sich über die Rechtsfolger einig ist, die an diese Unterscheidung geknüpft werden sollen. Hierüber herrscht viel Unklarheit." Mit Nebenpflichten meint MEDICUS hier die Nebenleistungspflichten, wie der Zusammenhang und der nachfolgende Abschnitt (III) ergeben.

3) BLOMEYER, § 29 IV 3, S. 157 f; BROX, RNr. 278; ENNECCERUS-LEHMANN, § 52 II 3, S. 223, und § 105 1, S. 421,422; ERMAN-BATTES, § 326, RNr. 12, 15 ff; ESSER, § 49 IV, S. 354 oben, trotz der unter § 5 III 1 a, S. 26, vertretenen Ansicht, die Nebenleistungspflichten seien in das Synallagma miteinbezogen; PALANDT-HEINRICHS, § 326, Anm. 3 b; RGRK-WILDE, § 326, Anm. 6; STAUDINGER-WEBER, § 241, RNr. 87 ff, 91.

4) FIKENTSCHER, § 8 3, S. 30, und § 10 II 4, S. 39, § 44 III, S. 203; HECK, § 42 Ziffer 13; OERTMANN, § 326, Anm. 3 e und g; PLANCK-SIBER, § 323, Anm. 3 b; STAUDINGER-KADUK, Vorbem. v. § 320, RNr.20.

5) SOERGEL-SCHMIDT, § 326, RNr. 2,5,6, allerdings ohne die Konsequenz zu ziehen, daß vier Kategorien zu bilden sind; SCHULZE, S. 51 ff, 54.

wendbarkeit der §§ 323 ff ist nach dieser Ansicht die Einbezogenheit einer Haupt- oder Nebenleistung in das Synallagma. Schließlich findet sich im Schrifttum auch eine recht unverbundene Vermischung der beiden Kriterien, die einen systematischen Zusammenhang nicht erkennen läßt[1].

Dieser Befund gibt freilich nur wegen des Gebots einer klaren Terminologie Anlaß zur Kritik, und die Behauptung des BGH, das Kriterium Haupt- und Nebenleistung werde allgemein als ausschlaggebend für die Abgrenzung der §§ 323 ff anerkannt, ist in der Sache zutreffend, wenn die Kriterien Hauptleistung - Nebenleistung und synallagmatisch - nichtsynallagmatisch materiell inhaltsgleich sind. Das wird im Schrifttum in der Tat vereinzelt angenommen[2]. Doch ist diese Annahme falsch. Das RG hat nicht über einen Zeitraum von circa 40 Jahren die Unterscheidung synallagmatisch - nichtsynallagmatisch gemeint, aber von der Unterscheidung Hauptleistung - Nebenleistung gesprochen. Eine derartige "falsa demonstratio" kann dem RG nicht unterstellt werden.

---

1) Meist wird in den einleitenden Ausführungen zu den §§ 320 ff oder den §§ 323 ff darauf hingewiesen, daß diese Vorschriften nur für synallagmatische Leistungspflichten gelten, und für nichtsynallagmatische Leistungspflichten aus Austauschverträgen die §§ 275, 280 ff Anwendung finden. Bei der Besprechung der einzelnen Tatbestände, insbesondere des § 326, wird dann nur die Unterscheidung Haupt- und Nebenleistung herausgestellt. Es fehlt jegliche Erklärung dazu, in welcher Beziehung die beiden Kriterien zueinander stehen. Vgl. z.B. STAUDINGER-KADUK, die Vorbem. v. § 323, RNr. 3 mit RNr. 73 zu § 326; PALANDT-HEINRICHS, die Einf. von § 320, Anm. 1 c cc mit Anm. 3 b zu § 326; ERMAN-BATTES, die RNr. 17, Vor § 320 mit RNr. 15 zu § 326; RGRK-WILDE, die Anm. 6, vor § 320 mit Anm. 6 zu § 326; vgl. auch LARENZ, § 23 II b, S. 263, 264: "Hauptpflicht, die für das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung von einiger Bedeutung ist."

2) so von KRESS, S. 545; WÜRDINGER/RÖHRICHT, Vor § 373, Anm. 290; die Gleichsetzung wird erwogen von MEDICUS, § 11 II, S. 84; - mit Annahme der Inhaltsgleichheit könnten auch die unter Fußnote 1, S. 4, aufgezeigten Widersprüche erklärt werden.

Es verlangte in ständiger Rechtsprechung für das Einrederecht gemäß § 320 I, daß die Leistung, die der Gläubiger wegen Nichterfüllung der Gegenleistung zurückbehalten will, zu eben dieser Gegenleistung im Verhältnis der Gegenseitigkeit steht[1]. Zu § 320 I wandte das RG das Kriterium synallagmatisch - nichtsynallagmatisch[2] also an. Es hätte dies auch bei den §§ 323 ff getan, wenn dasselbe Kriterium sachlich gewollt gewesen wäre. - Die materielle Verschiedenheit, die das RG den beiden Begriffspaaren beimaß, erhellt aber vor allem aus ihrer Handhabung selbst, d.h. aus der Abgrenzung der Hauptleistung von der Nebenleistung einerseits und der Abgrenzung der synallagmatischen von der nichtsynallagmatischen Leistung andererseits. Haupt- und Nebenleistung unterscheiden sich nach der Rechtsprechung durch die Bedeutung, die der jeweiligen Leistungspflicht von den Parteien beim Vertragsschluß beigelegt wird: kommt es der einen oder anderen Partei auf eine bestimmte Leistung "in hohem Grade" an, so ist sie Hauptleistung, andernfalls Nebenleistung[3]. Unberücksichtigt bleibt bei dieser Einstufung, ob die jeweilige Leistung "um der Gegenleistung willen" geschuldet ist, ob sie also synallagmatisch ist. Das wird zwar für eine Hauptleistung aus synallagmatischem Vertrag oft zu bejahen sein, doch bedarf zumindest eine gleichlautende Feststellung für nicht wesentliche (Neben-)Leistungen einer genauen Prüfung an Hand des gewollten "do ut des" - Verhältnisses. Auf dieses Verhältnis ist das RG bei der Differenzierung nach Haupt- und Nebenleistung

---

1) Vgl. RGZ 54 123, 125; RG SeuffA 65 Nr. 233; RGZ 108 137, 138; vgl. auch BGH BB 1956 92; - diese Rechtsprechung hat im Schrifttum einhellige Anerkennung erfahren, vgl. statt vieler STAUDINGER-KADUK, § 320, RNr. 1; RGRK-WILDE, § 320, Anm.4.

2) Bei nichtsynallagmatischen Leistungen kommt nur das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 in Betracht.

3) vgl. die grundlegende Entscheidung RGZ 101 429, 431.

nie eingegangen. Dagegen hat dieses Kriterium der gegenseitigen Leistungsverknüpfung dort - zu Recht - im Mittelpunkt der Erörterung gestanden, wo die Abgrenzung synallagmatisch - nichtsynallagmatisch entscheidend sein sollte, nämlich bei § 320. Die Begriffspaare Haupt- und Nebenleistung und synallagmatisch - nichtsynallagmatisch sind demnach nicht inhaltsgleich[1].

Es zeigt sich also, daß entgegen der Ansicht des BGH nach wie vor umstritten ist, wie die §§ 323 ff von den §§ 280 ff für Leistungen aus gegenseitigem Vertrag abzugrenzen sind, und ob und gegebenenfalls welche Bedeutung dem Begriffspaar Haupt- und Nebenleistung in diesem Problemkreis zukommt. Von der Entscheidung dieser Streitfrage hängen wesentliche Rechtsfolgen ab: Geschieht die Abgrenzung nach der Unterscheidung in Haupt- und Nebenleistung, so können Verzug und Unmöglichkeit einer Nebenleistung allein die Abwicklung des Vertrages im übrigen nicht hindern. Denn auf die Störung einer Nebenleistungspflicht finden - entsprechend dem Ausgangspunkt - nur die allgemeinen Normen Anwendung, also insbesondere die §§ 280, 286. Diese Vorschriften gewähren kein Rücktrittsrecht und vor allem keinen Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages. Die

---

1) Ein praktisches Beispiel mag dies noch verdeutlichen: Ein Gebrauchtwagen wird für DM 4.950,-- angeboten. Ein Interessent wünscht, daß der Wagen mit einem Unterbodenschutz versehen wird. Daraufhin verlangt der Verkäufer DM 5.000,--, und der Vertrag kommt entsprechend zustande. - Die Pflicht des Verkäufers, den Unterbodenschutz anzubringen, ist neben der Pflicht zur Übereignung und Übergabe des Fahrzeugs unbedeutend. Sie ist i.S.d. RG eine Nebenleistungspflicht. Sie ist aber zugleich synallagmatisch, denn der Verkäufer ist die Verpflichtung nur eingegangen gegen eine entsprechend modifizierte Leistung des Käufers. Diese Qualifizierung als Nebenleistung und zugleich synallagmatische Leistung wäre nicht möglich, wenn eine Nebenleistung definitionsbedingt nur eine nichtsynallagmatische Leistung sein kann.

Rechtsfolgen der §§ 280 I, 280 II, 286 II[1] sind vielmehr jeweils Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit. Eine Verbindlichkeit aus synallagmatischem Vertrag, welche die Rechtsfolgen jener Vorschriften auszulösen vermag, kann aber nur eine Nebenleistungspflicht sein. Also kann auch nur wegen Nichterfüllung der Nebenleistung Schadensersatz verlangt werden. Die Hauptleistungspflichten beider Vertragsparteien bleiben folglich unberührt und können noch wechselseitig beansprucht werden, wenn sie nicht schon erfüllt sind; sind sie bereits erfüllt, so kann es wegen der Störung einer Nebenleistungspflicht allein nicht zur Rückabwicklung des Vertrages kommen. - Wird dagegen die Abgrenzung nach der Einbezogenheit einer Leistungspflicht in das Synallagma vorgenommen, so sind dem Gläubiger, dessen Schuldner mit einer Nebenleistung in Verzug ist oder der sie wegen Unmöglichkeit nicht mehr erbringen kann, die zur Nichtdurchführung oder Rückabwicklung des Vertrages führenden Rechte (Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages) nicht endgültig abgeschnitten. Ist die Nebenleistungspflicht nämlich in das Synallagma einbezogen, so muß deren Störung nach den §§ 323 ff behandelt werden, weil diese Normen für synallagmatische Leistungspflichten spezieller Natur sind gegenüber den §§ 280 ff. Es sind dann die Teilunmöglichkeits- und Teilverzugsregeln anzuwenden (§§ 325 I 2, 326 I 3). Diese Normen gewähren die Vollrechte, d.h. das Rücktrittsrecht und den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages, wenn das Interesse des Gläubigers an der Vertragserfüllung durch die Leistungsstörung fortgefallen ist.

---

1) § 286 I bleibt hier und im folgenden völlig außeracht, weil er eine Rechtsfolge anordnet, die außerhalb jeder Konkurrenzproblematik steht. Die Vorschrift gilt für jede - auch synallagmatische- Leistungspflicht, weil nur sie den reinen Verspätungsschaden erfaßt.

Eine weitere Divergenz der Rechtsfolgen kann sich aufgrund der verschiedenen Kriterien ergeben beim Verzug mit einer Nebenleistung. Ist kein Raum für eine Differenzierung nach der Einbezogenheit einer Nebenleistung in das Synallagma, und unterfällt sie also bei Verzug stets dem § 286, so kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Nebenleistung nur verlangen, wenn er an der Bewirkung der Nebenleistung infolge des Verzugs kein Interesse mehr hat. Dieser Nachweis bleibt ihm erspart, wenn auf den Verzug mit einer synallagmatischen Nebenleistung § 326 Anwendung findet. Dann genügt zur Ausübung der Teilrechte, - das sind das Recht auf teilweisen Rücktritt vom Vertrag beschränkt auf die Nebenleistung und der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur der Nebenleistung[1)] -, daß der Gläubiger dem Schuldner zur Bewirkung der Nebenleistung eine angemessene Frist gesetzt und angedroht hat, er werde die Annahme der Nebenleistung nach Fristablauf ablehnen.

Die verschiedenen Kriterien zur Abgrenzung der §§ 323 ff von den §§ 280 ff können also zu grundlegend unterschiedlichen Rechtsfolgen führen. Es soll daher

---

1) § 326 I 1,2 ist zwar ausdrücklich nur auf den Verzug mit der ganzen Leistung zugeschnitten. Die Vorschrift ist aber nach allg.M. analog anzuwenden, wenn der Gläubiger eine Teilleistung des Schuldners angenommen hat, und der Schuldner nur mit der Restleistung in Verzug kommt. Dann sind, sofern eine Aufteilung des Vertrages durchführbar ist, die genannten Teilrechte zu gewähren. Vgl. hierzu STAUDINGER-KADUK, § 326, RNr. 80; PALANDT-HEINRICHS, § 326, Anm. 3 a; RGRK-WILDE, § 326, Anm. 17,7; LARENZ, § 23 II b, S. 263; BGHZ 36 316, 318.
Dieser Fall des Teilverzuges hat nichts mit dem Tatbestand des § 326 I 3 zu tun. Denn § 326 I 3 setzt voraus, daß es erst nach Fristsetzung zu einer teilweisen Leistung kommt, und ordnet auch andere Rechtsfolgen an, nämlich unter der Voraussetzung des Wegfalls des Interesses an der beiderseitigen, nur teilweisen Erfüllung, den Rücktritt vom ganzen Vertrage oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit (§ 325 I 2).

mit der vorliegenden Arbeit versucht werden, den oben dargestellten Streit zu entscheiden, und den systematischen Standort des Begriffspaares Haupt- und Nebenleistung zu bestimmen.

II. Zur Terminologie

Die erwähnte Unsicherheit und Verwirrung, die im Schrifttum zu dem Abgrenzungsproblem anzutreffen ist, hat eine wesentliche Ursache darin, daß die verwandten Begriffe weitgehend unterschiedlich verstanden werden. Es messen nicht nur die verschiedenen Autoren den Begriffen unterschiedliche Bedeutung zu[1], sondern ein unterschiedlicher Gebrauch

---

1) Nach LARENZ (§ 23 II, S. 263 f) ist eine "Hauptpflicht" eine solche, "die für das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung von einiger Bedeutung ist". Die Nebenleistungspflicht grenzt er hierzu nicht besonders ab, sondern nur gegenüber der Nebenpflicht; sie unterscheidet sich von der Nebenpflicht "durch die genaue Kennzeichnung eines bestimmten Verhaltens und seine Festlegung als Schuldinhalt", die daher auch selbständig einklagbar ist (§ 2 I, S.10). ESSER erachtet demgegenüber für die Unterscheidung zwischen Nebenleistungspflichten und Nebenpflichten den Gesichtspunkt als maßgebend, "daß erstere noch in das Synallagma miteinbezogen sind" (§ 5 III 1 a, S. 25 f). Dieses Kriterium soll dagegen unbedeutend sein für die Bestimmung der Hauptleistungspflichten. Hauptleistungspflichten sind nämlich diejenigen Pflichten, "an denen der Gläubiger das gesetzestypisch oder vertragsspezifisch stärkste Interesse hat". Nur auf diese soll § 326 anwendbar sein (§49 IV, S. 354), obwohl nach ESSER auch die Nebenleistungspflichten in das Austauschverhältnis einbezogen sind. FIKENTSCHER vertritt einen "einheitlichen Leistungsbegriff", dem auch die Nebenpflichten zuzurechnen sind; diese sind also auch Leistungspflichten (§ 8 3, S. 29 ff). Zwischen Haupt- und Nebenleistung differenziert er im Kapitel "Die Leistung" (§ 8) überhaupt nicht. Das ist für FIKENTSCHER auch entbehrlich, weil die §§ 320 ff seiner Ansicht nach für alle synallagmatischen Leistungen gelten, zu denen auch "viele Aufklärungs-, Mitteilungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten im Sinne des § 242" gehören (§ 44 III, S. 203, und § 10 II 4, S. 39). Die Differenzierung zwischen Nebenleistungspflichten und Nebenpflichten spielt bei FIKENTSCHER also überhaupt keine Rolle. Auch ENNECCERUS-LEHMANN geht nur von einer Zweiteilung in Haupt- und Nebenpflicht aus (§ 4 II 2, S. 21 f, und § 52 II 3, S. 223). Er unterscheidet dann in

der Begriffe findet sich manchmal selbst in ein und demselben Werk[1]. Daher müssen der Arbeit einige klarstellende Bemerkungen vorangestellt werden. Die Verwirrung geht aus von dem Begriff "Nebenpflicht". Dessen ersten Wortteil "Neben-" enthält auch der Begriff Nebenleistung, und die Begriffe Hauptleistung und Nebenleistung werden mit dem Wortteil "-pflicht" verbunden, wenn das Recht des Gläubigers zur Forderung der Haupt- oder Nebenleistung als Pflicht des Schuldners dargestellt wird. In diesem letzteren Sinne entsprechen sich auch in dieser Arbeit die termini Hauptleistung - Hauptleistungspflicht und Nebenleistung - Nebenleistungspflicht. Die jeweils zusammengehörigen Begriffe unterscheiden sich nicht durch ihren Gegenstand, sondern nur durch den Standpunkt, von dem aus sie betrachtet werden, - zum einen aus der Sicht des Gläubigers, zum anderen

---

unselbständige, sekundäre Nebenpflichten und selbständige, ergänzende Nebenpflichten. Nur die selbständigen Nebenpflichten sollen einklagbar sein, und nur ihre Verletzung soll Unmöglichkeit und Verzug begründen können, während die unselbständigen Nebenpflichten grundsätzlich zur Anwendung der Regeln der positiven Forderungsverletzung führen sollen.

1) s. ESSER und FIKENTSCHER in der vorigen Fußnote; vgl. darüberhinaus FIKENTSCHER, § 44 III, S. 203 oben: "Die §§ 320 ff gelten für Haupt- und Nebenleistungspflichten, ...wenn sie in das Gegenseitigkeitsverhältnis aufgenommen sind." Unter dem - nirgends erläuterten - Begriff der Nebenleistungspflicht werden hier Nebenpflichten verstanden, wie der Kontext erkennen läßt. Dann heißt es: "§ 326 gilt aber für Nebenpflichten nicht, h.M." Im gleichen Absatz wird ferner die synallagmatische Natur der Abnahmepflicht beim Kauf für den Regelfall verneint. Diese Pflicht wird auf S. 31 (§ 8 3) als Hauptpflicht qualifiziert; auf S. 356 (§ 66 V 1) wird ausgeführt: "Zu beachten ist, daß die Abnahmepflicht des Käufers nach § 433 II in der Regel keine Hauptpflicht ist, so daß für sie § 326 nicht gilt." Aber auch MEDICUS, der die Gefahren einer unklaren Terminologie sieht, spricht von "Haupt- und Nebenpflichten", wo er Haupt- und Nebenleistungspflichten meint, so in § 11 II, S. 84 f; deutlich demgegenüber § 11 III, S. 85 f.

aus der Sicht des Schuldners[1]. Scharf zu unterscheiden ist aber die Nebenleistung(spflicht) von der Nebenpflicht. Bei der ersteren liegt die Betonung auf dem Wortteil "Leistung", d.h. sie wird als Pflicht zu bzw. Recht auf eine Leistung verstanden, an der der Gläubiger ein positives Interesse hat[2]. Mit den Nebenpflichten sind demgegenüber die Pflichten zu wechselseitiger Rücksichtnahme gemeint, an denen der Gläubiger ein negatives Interesse hat[2]. Ob diese Pflichten am treffendsten als "weitere Verhaltenspflichten"[3], "Sicherungspflichten"[4], "Schutzpflichten"[5] oder lediglich "Nebenpflichten"[6] bezeichnet werden, kann hier dahinstehen.

Der Verfasser geht also von der Dreiteilung Hauptleistung, Nebenleistung und Nebenpflicht aus. Die Begriffe Haupt- und Nebenleistung werden - bis zu einer eingehenderen Bestimmung[7] - i.S.d. Rechtsprechung gebraucht. Diese qualifiziert eine Leistung als Hauptleistung, "wenn ihr nach dem Willen der Beteiligten, wie er bei dem Vertragsschlusse seinen Ausdruck gefunden hat oder sich aus den Umständen ergibt, eine wesentliche Bedeutung beigelegt wurde, wenn sie also etwas ist, worauf es der einen oder anderen Partei in hohem Grade ankam, was sie unter allen Umständen erlangen wollte, was deshalb für sie nicht eine Nebensache war, auf die sie keinen großen Wert legte."[8] Mit dieser Umschreibung der Hauptleistung wird zugleich negativ die Nebenleistung abgegrenzt. Eine eigenständige Bestimmung der Nebenleistung ist von der Rechtsprechung nicht versucht

---

1) vgl. nur DIEDERICHSEN, AT, RNr. 110: "das Recht des Gläubigers entspricht der Verpflichtung des Schuldners".
2) s. zur eingehenderen Abgrenzung S. 110 ff, 117.
3) so z.B. LARENZ, SchR I, § 2 I, S. 8; MEDICUS, § 11 III, S. 85.
4) so STAUDINGER-WEBER, § 242, RNr. A 770 ff.
5) so STOLL, Abschied, S. 289; THIELE, JZ 1967 649.
6) so FIKENTSCHER, § 8 3, S. 29 ff; ESSER, § 5 III 1, S. 25 ff; BLOMEYER, § 3 I 1, S. 19.
7) unten S. 117 ff.
8) RGZ 101 429, 431.

worden. Entscheidend für die Abgrenzung, so kann hier vereinfachend gesagt werden, ist demnach die einer Leistungspflicht von den Parteien beigelegte wesentliche oder nicht wesentliche Bedeutung. Grundsätzlich nicht zu berücksichtigen ist für diese Abgrenzung die Frage der Einbezogenheit der Leistungspflicht in das Synallagma. Dieser Gesichtspunkt gibt sicherlich ein gewichtiges Indiz für die Einordnung als Haupt- oder Nebenleistung. Er ist aber für die Einordnung nicht ausschlaggebend, denn die beiden Kriterien sind - wie oben dargelegt - nicht inhaltsgleich.

III. Gang der Darstellung

Zu der in Frage gestellten Abgrenzung und damit zur Funktion und Bedeutung des Begriffspaares Haupt- und Nebenleistung liegt eine über 70 jährige gefestigte Rechtsprechung vor. Diesem Umstand wird Rechnung getragen durch die die Untersuchung beherrschende Fragestellung nach einer "geglückten richterlichen Rechtsfortbildung"[1]. Das läßt eine möglichst konstruktive Kritik an der in Frage gestellten Rechtsprechung angelegen sein.

Die dem eigentlichen Thema übergeordnete Fragestellung bestimmt zugleich auch den Gang der Darstellung. So gilt es zunächst, die vom RG mit der Unterscheidung verfolgten Zwecke aufzudecken, und die hinter diesen stehenden Rechtsprinzipien zu erhellen.

---

1) Im Sinne des Aufsatzes von LARENZ, "Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen"; ob eine Rechtsfortbildung wirklich vorliegt, oder ob die Rechtsprechung zur Haupt- und Nebenleistung "nur" auf Auslegung beruht, ist für die gewählte Fragestellung ohne Belang. Denn die Methoden der Auslegung und der Lückenfüllung sind wesensgleich, vgl. MERZ, Auslegung, AcP 163 305, 333, 334. Man kann daher ebensogut von "Kennzeichen geglückter richterlicher Gesetzesauslegungen" sprechen, ohne daß sich deren Kriterien ändern. Zur Frage, inwieweit die einfache Gesetzesauslegung ohnehin Rechtsfortbildung i.w.S. ist, vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 222 ff, 227; ders. Kennzeichen, S. 1 m.w.N.; ESSER, Grundsatz und Norm, S. 287.

- Die Zwecke der Rechtsprechung werden anerkannt, das methodische Vorgehen des Reichsgerichts wird jedoch abgelehnt. Folglich wird darzustellen sein, wie die Zwecke in rechtstechnisch und rechtsdogmatisch einwandfreierer Weise erfüllt werden können. Hierzu ist der Leistungsbegriff der §§ 323 ff und der Umfang der für den gegenseitigen Vertrag charakteristischen Leistungsverknüpfung i.S.d. "do ut des" -Beziehung zu erörtern. Auf der Grundlage dessen kann sodann die Aufgabe angegangen werden, das vom RG gebildete Begriffspaar in das System der Leistungsstörung am richtigen Ort und in der angemessenen Gewichtigkeit einzuordnen. Danach erst werden die maßgeblichen Begriffe näher bestimmt und voneinander abgegrenzt, weil erst die genaue Kenntnis ihrer Funktion eine sinnvolle Inhaltsbestimmung ermöglicht.

B. Haupt- und Nebenleistung als Kriterium der Abgrenzung der §§ 323 ff von den §§ 280 ff in Hinblick auf die Verschiedenartigkeit der Leistungspflichten aus gegenseitigem Vertrag?

I. Der Gesetzestext und die Abgrenzung

Das Gesetz enthält für die Abgrenzung der §§ 320 ff von den §§ 273, 280 ff zwei Kriterien: den Funktionszusammenhang der Normenkomplexe - äußerlich gekennzeichnet durch die Herausnahme der §§ 320 ff aus dem Titel "Verpflichtung zur Leistung" und die Bildung eines gesonderten Titels "Gegenseitiger Vertrag"[1] - und das Tatbestandsmerkmal "gegenseitiger Vertrag", das in alle Vorschriften der §§ 320 ff mit Ausnahme des § 327 aufgenommen ist. Beide Kriterien grenzen die Anwendungsbereiche insoweit eindeutig ab, als die §§ 320 ff grundsätzlich[2] nur für Leistungspflichten aus gegenseitigem Vertrag gelten, während die §§ 273, 280 ff für alle übrigen Leistungspflichten aus Schuldverhältnissen einschlägig sind. Die Normenkomplexe stehen also im Verhältnis des besonderen zum allgemeinen: die §§ 320 ff verdrängen als leges speciales die §§ 273, 280 ff, soweit der Störungstatbestand in den §§ 320 ff geregelt ist[3].

1. Zur Reichweite des Tatbestandsmerkmals "gegenseitiger Vertrag" für das Abgrenzungsproblem

Diese fast selbstverständliche Feststellung besagt jedoch nichts darüber, ob die §§ 320 ff für a l l e Leistungspflichten aus gegenseitigem Vertrag anwendbar sind. Für diese Frage ist dem Wortlaut der §§

---

1) Der erste Entwurf zum BGB enthielt diese äußerliche Kennzeichnung noch nicht; sie ist erst von der 2. Kommission vorgenommen worden.

2) Die Ausnahmen können hier unberücksichtigt bleiben. Zur (entsprechenden) Anwendung der §§ 320 ff auf gesetzliche Schuldverhältnisse s. RGRK-WILDE, vor § 320 Anm. 1 m.w.N.; zur eingeschränkten Anwendbarkeit auf Gesellschaftsverträge s. RGRK-WILDE, aaO., Anm. 7, n.w.N.

3) Nicht geregelt sind z.B. die befreiende Unmöglichkeit und der reine Verspätungsschaden, so daß hierfür auf die §§ 275, 286 I zurückzugreifen ist.

320 ff nichts zu entnehmen. Die Vorschriften setzen nur einen gegenseitigen Vertrag und eine jeweils näher umschriebene Störung der Leistung des einen Vertragspartners voraus. Das Tatbestandsmerkmal "Leistung", auf das es ankommt, ist nicht näher differenziert; das Attribut "obliegende" stellt lediglich sprachlich die Beziehung zum "gegenseitigen Vertrag" her, enthält aber kein rechtliches Kriterium. Offenbar hat der Gesetzgeber nicht bedacht, daß Leistungspflichten aus gegenseitigem Vertrag von wesentlich unterschiedlicher Art sein können[1]. Zumindest hat er dies in den §§ 320 ff selbst nicht berücksichtigt.

2. Die Aussage des Funktionszusammenhanges für das Abgrenzungsproblem

Aus dem Funktionszusammenhang der Normenkomplexe ergibt sich aber, daß eine Unterscheidung nach synallagmatischen und nichtsynallagmatischen Leistungen aus gegenseitigem Vertrag vorzunehmen ist. Die Funktion der §§ 320 ff wird zu Recht allgemein darin erblickt[2], der Besonderheit des gegenseitigen Vertrages - die synallagmatische[3] Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung - im Falle der Störung einer Leistung Rechnung zu tragen. Folglich können die §§ 320 ff ihrer Teleologie nach nur für solche Leistungspflichten Anwendung finden, deren Störung

---

1) In den Materialien zum BGB ist denn auch kein gegenteiliger Anhaltspunkt zu finden.

2) Vgl. ERMANN-BATTES, Vor § 320, RNr. 12 ff, Vor §§ 323 - 327, RNr. 1; ESSER, SchR I, § 16, S. 103 ff; FIKENTSCHER, § 10 II 4, S. 38 ff; KRAHMER, S. 1 ff, 170;
MEDICUS, § 12, S. 92; PALANDT-HEINRICHS, Einf. v. § 320, Anm. 2 c, Vorbem. v. § 323, Anm. 1; RGRK-WILDE, Vor § 320, Anm. 6; SOERGEL-SCHMIDT, Vor § 323, RNr. 2; STAUDINGER-KUDUK, Vorbem. v. § 320, RNr. 1 ff, 20 a, Vorbem. v. § 323, RNr. 2;

3) Der Begriff des Synallagmas wird im Sinne der gegenseitigen Abhängigkeit der Verbindlichkeiten verwandt ("do ut des"). Dieses Verständnis hat sich seit BECHMANN, S. 541 ff, 565 ff allgemein durchgesetzt. Zum Bedeutungswandel des Begriffs Synallagma vor BECHMANN s. SCHULZE, S. 17 ff.

das Austauschverhältnis in irgendeiner Form zu berühren vermag. Das wird auch im Kern von niemandem verkannt, und so werden denn in das funktionelle Synallagma eindeutig nicht einbezogene Leistungspflichten aus gegenseitigem Vertrag gegebenenfalls den §§ 273, 280 ff unterstellt. Das sind vor allem Rückgabepflichten aus Überlassungsverträgen i.w.S. Paradigma hierfür ist die Pflicht des Mieters zur Rückgabe der Mietsache bei Beendigung des Mietverhältnisses gemäß § 556 I. Weitere Beispiele sind die Rückgabepflicht des Pächters aus §§ 581 II, 556 I, die Rückzahlungspflicht des Darlehensnehmers aus verzinslichem Darlehen[1] gemäß § 607 I, und die Rückgabepflicht des Verwahrers gemäß § 695 aus entgeltlicher Verwahrung. Diese Leistungspflichten weisen die Besonderheit auf, daß sie nicht der Erreichung der beiderseitigen Geschäftszwecke dienen, sondern der Wiederherstellung der vor Vertragsabschluß bestehenden Lage nach Erreichung der beiderseitigen Geschäftszwecke. So besteht der typische Geschäftszweck beim Mietvertrag für den Vermieter in der Erlangung des Mietzinses, für den Mieter im Gebrauch der Sache, für keine Vertragspartei aber in der Wiedererlangung der zeitlich begrenzt überlassenen Sache.

3. Die (scheinbare) Unvollständigkeit des Gesetzes zur Frage der Anwendbarkeit der §§ 323 ff auf alle der Erreichung des Geschäftszwecks dienenden Einzelleistungspflichten einer Vertragspartei

Diese aus dem Funktionszusammenhang und der Teleologie der §§ 320 ff folgende Abgrenzung erfaßt jedoch nicht den gesamten Bereich der Leistungspflichten, die

---

1) Unabhängig vom Streit um die Rechtsnatur des Darlehens als Real- oder Konsensualvertrag stellt das entgeltliche Darlehen jedenfalls einen gegenseitigen Vertrag dar, vgl. PALANDT-PUTZO, Einf. vor § 607, Anm. 1.

erfüllt werden müssen, damit der Zweck des Austauschgeschäfts erreicht wird. Die auf den Geschäftszweck gerichtete Leistung jeweils der einen Vertragspartei ist oft nicht einheitlicher Natur, d.h. sie setzt sich aus mehreren unterscheidbaren Einzelleistungen zusammen. So hat der Käufer nicht nur den Kaufpreis zu zahlen, sondern die gekaufte Sache auch abzunehmen (§ 433 II). Der Vermieter hat den Gebrauch der vermieteten Sache zu gewähren (§ 556 I 1) und diese während der Mietzeit in einem zu dem vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten (§ 536). Derartige Fälle, in denen zu der das Geschäft charakterisierenden Leistung andere Leistungen hinzukommen, gibt es in unbeschränkter Zahl, da die Rechtsquelle solcher zusätzlicher Leistungspflichten nicht nur das Gesetz sein kann sondern selbstverständlich auch die Parteivereinbarung[1]. Durch sie entsteht das in der vorliegenden Arbeit untersuchte Abgrenzungsproblem: Hat auch die Verletzung derartiger Leistungspflichten bei Vorliegen der jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen die Rechte aus den §§ 323 ff zur Folge oder sind nur die §§ 280 ff anzuwenden? Darauf gibt der Gesetzeswortlaut keine Antwort. Er trägt der unterschiedlichen Bedeutung der einzelnen Leistung als Bestandteil der gesamten Leistung einer Vertragspartei nicht Rechnung. Zwar mag die Differenzierung der auf Vertragserfüllung gerichteten Einzelleistungen nach synallagmatischen und nichtsynallagmatischen weiterhelfen. Diese Unterscheidung ist jedoch, anders als die oben dargelegte Trennung von auf Vertragserfüllung und auf Wiederherstellung der Ausgangslage (Rückabwicklung) gerichteten Leistungspflichten, nicht ohne weiteres dem Funktionszusammenhang zu entnehmen.

---

1) Diese "zusätzlichen" Leistungen sind übrigens an einer Stelle im Gesetz berücksichtigt worden, nämlich in § 507. Dort, in den Regeln über den Vorkauf, spricht das Gesetz von Nebenleistung. Auf die Bezeichnung der hier sog. zusätzlichen Leistungspflichten kommt es jedoch nicht an. Zu bemerken ist zunächst lediglich, daß ihre Existenz den gegenseitigen Vertrag nicht automatisch zu einem sog. Typenmischvertrag werden läßt, wie die Beispiele zum Kauf und zur Miete zeigen.

Denn es ist sehr wohl denkbar[1], daß die Summe aller auf den Geschäftszweck ausgerichteten Einzelleistungspflichten einer Vertragspartei die "obliegende (Gesamt-)Leistung" i.S. der §§323 ff für die Gegenleistung darstellt. Eine dahingehende Auffassung wird dem Wortlaut der §§ 323 ff sogar eher gerecht als die Unterscheidung in synallagmatische und nichtsynallagmatische Einzelleistungspflichten, weil "die Leistung" in den §§ 323 ff eben völlig undifferenziert ist.

Demnach scheint das Gesetz bei der Abgrenzung der §§ 323 ff von den §§ 280 ff unvollständig[2] zu sein in Hinblick auf die jeweils einer Partei obliegenden auf die Erreichung des Geschäftszwecks abzielenden Einzelleistungen. Tatsächlich ist eine Unvollständigkeit jedoch nur vorhanden, wenn die §§ 323 ff, die ihrem Wortlaut nach auf alle Einzelleistungen anwendbar sind, bei bestimmten Einzelleistungen, nämlich denen, die zu der das Geschäft charakterisierenden Leistung hinzutreten, mit ihren Rechtsfolgen zu weit gehen. Ist das der Fall, so ist die Unvollständigkeit durch Präzisierung des Wortlauts - genauer: des Ausdrucks Leistung - zu beseitigen (Auslegung secundum legem), sofern eine Präzisierung innerhalb des Wortsinns möglich ist[3], oder durch Rechtsfortbildung und zwar in der Form der teleologischen Reduktion, wenn der Wortsinn überschritten werden muß[3].

II. Die Behandlung des Abgrenzungsproblems durch das RG: Unterscheidung von Haupt- und Nebenleistung

---

1) dazu ausführlich unten S. 99 ff.
2) Unvollständigkeit wird hier als Oberbegriff zur Auslegungsbedürftigkeit i.e.S. und zur Lückenhaftigkeit verstanden.
3) Im Anschluß an die h.L. wird der "mögliche Wortsinn" als das Abgrenzungskriterium zwischen Rechtsfindung secundum legem (Auslegung i.e.S.) und Rechtsfindung praeter legem (Rechtsfortbildung durch Ergänzung des Gesetzes) verwandt. Vgl. dazu CANARIS, Lückenfeststellung, §§ 6 ff, insbesondere S. 23 oben, m.w.N.; LARENZ, Methodenlehre, S. 301 ff, 303/304; ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 54 II, S. 324 ff.

Das RG hat in der Entscheidung, mit der die Rechtsprechung zur Haupt- und Nebenleistung eingeleitet wurde[1], eine Unvollständigkeit der Abgrenzungsregelung angenommen. Denn es kam zu der Überzeugung, daß die uneingeschränkte Anwendung des § 326 I 1, 2 in bestimmten Fällen - bei Verzug mit einer "Nebenleistung" - zu unangemessenen Rechtsfolgen führe. In jener Entscheidung stellte das RG daher die These auf, die Anwendbarkeit des § 326 I 1 setze Verzug mit einer "Hauptleistung" voraus. Denn weder dürfe man, so argumentierte das Gericht[2], "Verzug mit der dem einen Teil obliegenden Leistung in allen ihren Teilen"[3] als Voraussetzung fordern, - das wäre eine zu enge Auslegung, noch genüge "jeder Verzug mit irgendeinem Teile der im übrigen noch nicht erfüllten Leistung"[3], - dies wäre eine zu weite Auslegung. Das RG schränkte also den Anwendungsbereich des § 326 I 1 - und damit auch den Anwendungsbereich der insofern gleich strukturierten §§ 323 ff - ein. Auf die Teleologie dieser Normen ging das RG jedoch kaum ein, sondern es begnügte sich mit der Aussage, die weitreichenden Rechtsfolgen des § 326 I 2 vertrügen sich allein mit der Auffassung, "daß hier der Verzug mit der Hauptleistung ... vorausgesetzt ist."[4] Warum die in § 326 I 2 angeordneten Rechtsfolgen nur angemessen sind, wenn das Tatbestandsmerkmal "Leistung" in § 326 I 1 als Hauptleistung ausgelegt wird, muß durch eine Analyse der einschlägigen höchstrichterlichen Entscheidungen ermittelt werden.

---

1) RGZ 53 161 ff.
2) S. 163/164.
3) In den beiden Zitaten ist "Teil der Leistung" nicht i.S.d. Teilleistung wie in § 266 gemeint, also nicht der quantitative Teil einer homogenen Leistung, sondern eine homogene Einzelleistung als Teil der heterogenen (Gesamt-) Leistung.
4) Weggelassen ist die Alternative "oder doch mit einem Teile der im übrigen noch nicht erfüllten Hauptleistung", weil sie hier irrelevant ist und verwirrt.

1. Die Zwecke der Einschränkung
- Analyse der höchstrichterlichen Entscheidungen -

a) RGZ 53 161
- zivilrechtliche Verhältnismäßigkeit von Tatbestand und Rechtsfolge -

Der Entscheidung RGZ 53 161 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der verklagte Käufer von insgesamt 500 Tonnen Koks, die sukzessive in einem Zeitraum von sechs Monaten in gleichen Mengen geliefert werden sollten, hatte die Abnahme schon der ersten Teilmenge verweigert, weil er den Kaufvertrag als nicht wirksam geschlossen ansah. Er beharrte auf der Abnahmeverweigerung auch auf wiederholte Aufforderungen des Verkäufers hin. Den Instanzgerichten erschienen bei dieser Sachlage die Voraussetzungen der begehrten Rechtsfolge aus § 326 I 2 unter dem Gesichtspunkt des Abnahmeverzuges klar gegeben, - nicht aber unter dem Gesichtspunkt des Zahlungsverzuges, denn Fristsetzung und Ablehnungsandrohung hatte der Verkäufer auf die Abnahme bezogen.

Das RG stimmte der Auffassung der Vorinstanzen, der Verzug mit jeder Art von Leistung - wenn sie nur selbständig einklagbar ist - aus gegensetigem Vertrag sei geeignet, die Rechtsfolgen des § 326 I 2 auszulösen, nicht zu. Es verneinte den Anspruch aus § 326 I 2 nur wegen Verzuges mit der Abnahmeleistung mit der Begründung, die Abnahme sei regelmäßig eine Nebenleistung, bestätigte aber gleichwohl das vorinstanzliche Urteil und stützte dies auf Zahlungsverzug[1]. Den Zahlungsverzug zu begründen war für das RG unproblematisch - nicht aber für die Instanzgerichte[2] -, da der Käufer mit der unzutreffenden Behauptung,

---

1) Die Rechtsprechung zur Haupt- und Nebenleistung hat also ihren Anfang genommen mit einem Urteil, für das die Differenzierung überhaupt nicht entscheidungserheblich war. Daraus kann gefolgert werden, daß dem RG die Gründe für die Unterscheidung besonders gewichtig erschienen.

2) Das RG hatte schon wiederholt entschieden, daß bei ernstlicher Erfüllungsverweigerung Fristsetzung und Ablehnungsandrohung entbehrlich seien; s. RGZ 53 11, RGZ 52150, RGZ 51 347; das war bis zu den mit dem Rechtsstreit befaßten Instanzgerichten offenbar noch nicht vorgedrungen.

das Geschäft sei nicht perfekt geworden, nicht nur die Abnahme der Ware, sondern jede Leistung aus dem Kaufvertrage bestimmt und endgültig verweigert hatte.

War der Zahlungsverzug ohne weiteres festzustellen, und zog sowohl dieser wie auch der andere Tatbestand (des Abnahmeverzuges) die gleiche Rechtsfolge nach sich, so lag es nahe, die Verurteilung zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf beide Tatbestände kumulativ zu stützen. Das hätte das Urteil auch für die unterlegene Partei einsichtiger gemacht. Sollte Entscheidungsgrundlage aber nur einer der beiden Verzugstatbestände werden, und sei es nur aus Gründen der Prozeßökonomie, so gebot allerdings schon der allgemeine Grundsatz, den Urteilsspruch so überzeugend wie möglich zu begründen, die Entscheidung auf den Tatbestand des Zahlungsverzuges zu stützen. Denn die Zahlung des Kaufpreises ist regelmäßig für den Verkäufer der wirtschaftliche Endzweck des Austauschgeschäfts nicht aber die Abnahme des Kaufgegenstandes, - und nichts spricht in dem RG-Fall für eine diesbezüglich andere Interessenlage. Demgemäß beruhte das Scheitern des Austauschgeschäfts auf der Zahlungsverweigerung des Käufers, und nur die Rechte aus § 326 I 2 boten dem Verkäufer eine angemessene Kompensation. Hätte der Käufer dagegen den Kaufpreis bezahlt und gleichwohl lediglich die Abnahme verweigert, so wären die schutzwürdigen Interessen des Verkäufers hinreichend durch die Rechte aus § 286 I und aus Annahmeverzug, in den der Käufer mit der Abnahmeverweigerung zugleich geriet, gewahrt gewesen[1]. Die Verurteilung zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung erwies sich folglich als angemessener, wenn sie auf den Zahlungsverzug anstatt auf den Abnahmever-

---

1) Diese Erwägung klingt in den einschlägigen RG-Entscheidungen meist an, wird aber nicht deutlich ausgesprochen; jetzt aber BGH NJW 72 99, 101 ausdrücklich.

zug gestützt wurde. Indem das RG so verfuhr, wollte es demnach einer zivilrechtlichen Verhältnismäßigkeit von Tatbestand und Rechtsfolge Rechnung tragen.

aa) Eine materiell nicht gerechtfertigte Rechtsposition soll erst gar nicht entstehen.

Dieser Ansatzpunkt zum Verständnis von Sinn und Zweck der reichsgerichtlichen These enthält konkretisierbare Elemente zweier Rechtsgrundsätze: Die hier sog. zivilrechtliche Verhältnismäßigkeit von Tatbestand und Rechtsfolge weist zum einen auf das Verbot der mißbräuchlichen Rechtsausübung hin und zum anderen auf den Grundsatz der Vertragstreue.

Das RG wollte durch die restriktive Auslegung des Tatbestandsmerkmals Leistung in § 326 I 1 verhindern, daß ein Gläubiger die weitreichenden Rechtsfolgen des § 326 I 2 beanspruchen kann, sobald der Schuldner mit irgendeiner relativ unbedeutenden Leistungspflicht in Verzug ist. Dies erhellt aus den Ausführungen zur Ungleichwertigkeit der Käuferpflichten Zahlung und Abnahme[1]. Danach beinhaltet die Abnahmepflicht lediglich "die rein körperliche Hinwegnahme der Kaufsache - deren auferre - um die tatsächliche Verfügungsgewalt zu erhalten und den Verkäufer von der Kaufsache zu entlasten". Und daß die Verpflichtung des Käufers zur Abnahme der Kaufsache im Gesetz ausgesprochen wurde, geschah nur, "um die Zweifel zu beseitigen, ob sich aus dem Kaufvertrage eine solche Verpflichtung des Käufers als naturale negotii ergebe". Es handelt sich nach Ansicht des RG also um eine ganz unbedeutende Käuferpflicht, deren Verzug "allein schon die Anwendung des § 326 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB"[2] nicht rechtfertigt. Dem entspricht die allgemein gehaltene Aussage, wonach es nicht zulässig erscheint, "daß jeder Verzug mit irgend einem Teile der im übrigen noch nicht erfüllten Leistung - er mag noch

---

1) vor allem S. 164, 165.
2) S. 162.

so nebensächlicher Art sein - zureiche, um dem anderen Teile die Rechte aus Satz 1 und 2 des § 326 Abs. 1 zu eröffnen". Demnach argumentierte das RG zwar nicht mit dem Verbot der mißbräuchlichen Rechtsausübung, es hielt dem Gläubiger dieses Verbot nicht entgegen, aber es wollte mit der restriktiven Auslegung des § 326 I 1 vermeiden, daß ein solcher Tatbestand entsteht. Es verwandte die Erwägungen, die anzustellen sind, wenn das Verbot der mißbräuchlichen Rechtsausübung in Frage steht, dazu, den § 326 I 1 seinem - angenommenen - Normzweck gemäß einengend zu interpretieren. Damit bezweckte das RG einen Schuldnerschutz, den es mit der Unterscheidung auch tatsächlich erreichte.

bb) Der Grundsatz der Vertragstreue (pacta sunt servanda)

Doch erschöpft sich der Zweck der Unterscheidung von Haupt- und Nebenleistung nicht im Schuldnerschutz. Zugleich wird nämlich - wiederum nicht expressis verbis - der Grundsatz pacta sunt servanda betont und seine Verbindlichkeit für den Rechtsverkehr gestärkt. Daß dies vom RG beabsichtigt und nicht nur eine unbewußte Nebenwirkung einer vom Gedanken des Schuldnerschutzes getragenen Wortinterpretation war, kann nicht bezweifelt werden. Die Stärkung des Grundsatzes pacta sunt servanda ist so offenkundig, daß sie vom RG nicht übersehen werden konnte. Sie geht auch aus dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe hervor. In ihnen wird ständig die Unverhältnismäßigkeit zwischen der Störung der Abnahmepflicht durch Verzug einerseits und den schwerwiegenden Rechtsfolgen des § 326 I 2 andererseits, die insbesondere eine Durchführung des gestörten Vertragsverhältnisses ausschließen oder die Rückabwicklung des teilweise erfüllten Vertrages erfordern, hervorgehoben. Es soll eben, und daß ist auch der Sinn jener Entscheidung, eine relativ ge-

ringfügige Leistungsstörung, die einer beiderseitigen Erfüllung des Vertrages noch nicht entscheidend im Wege steht, nicht einseitig als - möglicherweise willkommener - Anlaß zur Vertragsauflösung dienen. Der Grundsatz pacta sunt servanda soll in solchen Fällen Vorrang gegenüber dem Interesse des Gläubigers an der Ausübung der - dem Wortlaut des Gesetzes nach gegebenen - Rechte aus § 326 I 2 genießen. Damit wird der Gläubiger nicht etwa benachteiligt. Er kann vollen Ausgleich, so hob das RG ausdrücklich hervor[1], für seine beeinträchtigten, schutzwürdigen Interessen gemäß § 286 I beanspruchen; er kann also den Schaden, der ihm durch den Abnahmeverzug entsteht, ersetzt verlangen. Das RG weist hiermit der Leistungsstörung Verzug mit einer Nebenleistung die einem solchen Tatbestand scheinbar angemessene Rechtsfolgenebene zu, und versperrt dem Gläubiger die Wege des § 326 zur Nichtdurchführung des Vertrages.

Es ist keineswegs so selbstverständlich, wie es scheinen mag, daß der Grundsatz der Vertragstreue von so erheblicher[2] Bedeutung für die Entscheidung des RG war. Denn es galt nicht einfach festzustellen, daß eine einmal eingegangene vertragliche Verpflichtung auch erfüllt werden muß, was nach weitverbreitetem Verständnis dem Kerngehalt des Satzes pacta sunt servanda entspricht[3], vielmehr soll nach der Aussage des RG eine Vertragspartei auch dann noch am Vertrage festgehalten werden, wenn seitens des Vertragspartners bereits eine Leistungsstörung eingetreten ist. Das stellt eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Grundsatzes der Vertragstreue dar, deren

---

1) S. 162 unten.
2) Entscheidungserheblich war der Grundsatz nur deshalb nicht, weil das vorinstanzliche Urteil mit einer anderen Begründung aufrecht erhalten werden konnte. Hätte sich der Käufer dagegen nur in Abnahmeverzug befunden, so hätte das RG das Urteil des OLG konsequenterweise aufheben müssen, und der Grundsatz pacta sunt servanda wäre entscheidungserheblich geworden.
3) dazu ausführlich unten S. 43 ff.

Voraussetzungen noch zu prüfen sein werden.

b) RGZ 57 105

Das Bestreben des RG, mit der Unterscheidung auf ein verstärktes Festhalten am Vertrage hinzuwirken, kommt auch in der Entscheidung RGZ 57 105, 108 ff zum Ausdruck. Zwar sah sich das RG hier nur "zur wiederholten Prüfung der streitigen Frage", ob die Abnahmepflicht des Käufers regelmäßig Haupt- oder Nebenleistung sei, veranlaßt - DÜRINGER-HACHENBURG hatten an der Entscheidung RGZ 53 161 Kritik geübt und sprachen sich für die Qualifizierung der Abnahmepflicht als Hauptleistung aus[1] -. Doch führte es bei der Abwägung seiner Ansicht, die Abnahmepflicht sei regelmäßig nur eine Nebenleistungspflicht, gegenüber den Vorzügen der Ansicht, die Abnahmepflicht sei stets Hauptleistungspflicht, aus: "Diese Vorzüge werden durch die Bedenken aufgewogen, die unverkennbar darin liegen, daß an den Verzug mit einer in Wirklichkeit vielfach nebensächlichen und als solcher auch aufgefaßten Leistung, wie das in der Regel die Abnahme der gekauften Sachen ist, ohne innere Berechtigung die weittragenden Wirkungen des § 326 Abs. 1 schlechthin geknüpft sein sollen."[2]

c) RGZ 76 150

In einer einzigen Entscheidung nur hat sich das RG (Bd. 76 150) über die Zwecke der einengenden Auslegung des § 326 I 1 beziehungsweise der Unterscheidung von Haupt- und Nebenleistung sowie über das Verhältnis jener Norm zum Grundsatz von Treu und Glauben ausdrücklich erklärt. Allerdings war in diesem Falle gar nicht Verzug mit einer Nebenleistung, sondern Verzug mit einem Teil der Hauptleistung gegeben. Die Käuferin von insgesamt 15 000 Pfund Bleichkops (Preis

---

1) 2. Aufl., Bd. 3, S. 108, 110.
2) S. 112.

84 Pfennig das Pfund) hatte eine Teillieferung (3563 Pfund) erhalten und den dieser Menge entsprechenden Kaufpreis bezahlt, jedoch unter Abzug von 86,50 Mark - einem Zwanzigstel des Kaufpreises[1] - für Mehrfracht, die durch einen Umweg der Ware erwachsen war, und für den sie die Verkäuferin verantwortlich machte. Die Verkäuferin verlangte vergeblich Nachzahlung dieses Betrages und erklärte schließlich nach Fristsetzung und Ablehnungsandrohung den Rücktritt für den noch nicht erfüllten Teil des Vertrages. Nunmehr verlangte die Käuferin Lieferung der Restware und, nachdem sie erfolglos eine Frist gesetzt und die Ablehnung der Leistungsannahme angedroht hatte, Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Klagewege.

Das RG verneinte ein Rücktrittsrecht der Verkäuferin gemäß § 326 I 2[2] und führte hierzu aus: Auch das Rücktrittsrecht ist "im Rahmen der Vorschrift des § 242 BGB auszuüben, die das gesamte Vertragsrecht beherrscht, und es müssen deshalb immer noch besondere Umstände vorliegen, die den Verzug mit einer nur geringfügigen Teilleistung dennoch als eine so schwere Vertragswidrigkeit hinstellen, daß es nicht wider Treu und Glauben und die Verkehrssitte verstößt, dieserhalb vom Vertrage zurückzutreten". Wegen der "verhältnismäßige(n) Geringfügigkeit der Leistung", mit der sich die Käuferin im Verzug befunden hatte, ließ das RG demzufolge den Einwand der Arglist zu. Die grundsätzliche Einschränkung der Rechte aus § 326 I 2 durch das Gebot der Beobachtung von Treu und Glauben schien dem RG um so mehr gerechtfertigt "als es nicht nur dem obersten Grundsatz des Vertragsrechtes: 'Verträge sind aufrecht zu erhalten, entspricht, sondern weil jener allgemeine Rechtsgedanke, daß wegen geringfügiger Vertragsverletzungen nicht

---

1) so das RG; bei Zugrundelegung der in der Entscheidung mitgeteilten Angaben zu Menge und Preis stellt der einbehaltene Betrag noch wesentlich weniger als ein Zwanzigstel dar.

2) Es bestätigte im Ergebnis das Urteil des OLG, nach dem die Verkäuferin zur Zahlung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung verurteilt worden war.

schon der ganze Vertrag umgestoßen werden dürfe, auch sonst vom Bürgerlichen Gesetzbuch gebilligt worden ist, ... Eben deshalb ist § 326 schon bisher auf die Hauptleistung beschränkt worden".[1] Ob der vom RG angezogene "allgemeine Rechtsgedanke" auf den Grundsatz der Vertragstreue oder auf den Grundsatz von Treu und Glauben zurückzuführen oder ob er gar rechtsquellentheoretisch eigenständig ist, wird in der Entscheidung nicht dargelegt. Die ihn bildenden Elemente sind aber eindeutig aufgezeigt. Sie stimmen mit den Zweckvorstellungen, die die Entscheidung aus dem 53. Band erkennen läßt, überein.

d) Die Rechtsprechung des RG im übrigen

Im übrigen ist in der großen Zahl von Entscheidungen des RG[2], in denen die Lehre von der Haupt- und Nebenleistung von Bedeutung war, zum Zweck derselben nichts zu finden[3]. Das ist darauf zurückzuführen, daß das RG schon sehr bald nach der ersten Entscheidung die fragliche Rechtsprechung als wohl begründet und durchaus gefestigt ansah. So finden sich denn, soweit die Rechtfertigung der Unterscheidung überhaupt angesprochen ist, regelmäßig Sätze wie: "Ferner ist an der im Urteil vom 9. Dezember 1902 (...) näher begründeten Auslegung des § 326 Abs. 1 festzuhalten, daß dort unter Verzug des einen Teils mit der ihm obliegenden Leistung Verzug mit der Hauptleistung zu verstehen ist."[4] Schwierigkeiten bestanden in der Folgezeit sowohl bei den Instanzgerichten als auch

---

1) Hervorhebung vom Verfasser.
2) s. FN 2, S. 2.
3) Das gilt insbesondere für die Entscheidung RGZ 101 429, die für die nachfolgende Rechtsprechung zentrale Bedeutung erlangt hat und auch im Schrifttum immer wieder zitiert wird. In ihr hat das RG die relativ ausführlichste Abgrenzung der beiden Begriffe zueinander versucht. Zum Zweck der Unterscheidung bzw. der Einschränkung des Begriffs der Leistung in § 326 I 1 hat es jedoch nichts ausgeführt.
4) So schon RGZ 57 105, 110, der zweiten veröffentlichten Entscheidung des RG, in der diese These überhaupt herangezogen wurde.

beim RG nur in bezug auf die Einordnung konkreter Einzelpflichten in die eine oder andere Kategorie.

e) Die Rechtsprechung des BGH

Der BGH hat sich der fraglichen Rechtsprechung des RG unkritisch angeschlossen[1]. Er hat weder ihre Berechtigung ausdrücklich überprüft noch sich mit den Zwecken jener Lehre auseinandergesetzt. Stattdessen geht er soweit zu behaupten, die reichtsgerichtliche Lehre entspreche "allgemeiner Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum"[2], was nur für die Rechtsprechung nicht aber das Schrifttum zutrifft.

f) Ergebnis der Analyse

Die Analyse der vorgenannten RG-Entscheidungen hat ergeben: Das RG strebte mit der Unterscheidung von Haupt- und Nebenleistung und der Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Leistung" in § 326 I 1 i.S.d. Hauptleistung eine verstärkte Beachtung des Verbots der mißbräuchlichen Rechtsausübung an - indem es die Entstehung einer formalen materiell nicht gerechtfertigten Rechtsposition verhinderte - sowie des Grundsatzes der Vertragstreue (pacta sunt servanda), und das RG hat dieses Ziel auch erreicht.

2. Zum methodischen Vorgehen des RG

a) Rechtsfindung secundum legem

Das RG hat seine These methodisch zwiespältig begründet. Es hat sich zum einen ganz betont den Anschein gegeben, nur durch Auslegung des Gesetzeswortlauts den Willen des Gesetzes zu ermitteln, also

---

1) s. BGH NJW 53 1347, die erste zum Problem Haupt- oder Nebenleistung veröffentlichte Entscheidung; weitere Nachweise S. 2, FN 3;
2) so in NJW 72 99;

methodisch Rechtsfindung secundum legem[1] zu betreiben. In der Entscheidung RGZ 53 161[2] heißt es: "Vielmehr wird in jener Gesetzesbestimmung (§ 326 I 1), worauf der Wortlaut - Verzug mit der[3] ihm obliegenden Leistung - unzweideutig hinweist, ein Verzug mit der[3] Leistung vorausgesetzt, welche die Hauptleistung ist oder doch zu der im übrigen noch nicht erfüllten Hauptleistung gehört. Diese dem Wortlaut entnommene Auslegung ...."[4]. Demnach stützte das RG seine Ansicht auf den bestimmten Artikel "der (ihm obliegenden Leistung)" in § 326 I 1, und zwar durchaus im Sinne einer selbständig tragfähigen Begründung.

b) Das Auslegungsergebnis und der mögliche Wortsinn

Die Deutung des Ausdrucks Leistung als Hauptleistung geht jedoch sowohl über den allgemeinen Sprachgebrauch als auch über den speziellen Sprachgebrauch des Gesetzgebers[5] hinaus. Das hat auch das RG nicht verkannt, denn es hat die Deutung nicht unmittelbar aus dem Ausdruck Leistung ermittelt, sondern aus dem Zusammenhang desselben mit dem ihm vorangestellten bestimmten Artikel. Das ist insoweit auch richtig, als sich eine methodisch einwandfreie Interpretation des Wortsinns nicht auf das isolierte Wort beschränkt, sondern auch die Satzform und die grammatikalische Verknüpfung des Wortes im gesamten Satz umfaßt[6]. Die "Leistung" ist aber in den §§ 323 ff in keiner Weise nach den verschiedenen denkbaren Kategorien differenziert. Wie soll dann ein - sprachlich in der Regel indifferenter - Artikel die Differenzierung herbeiführen? Das hat das RG keineswegs überzeugend dar-

---

1) Die hier zum methodischen verwandte Terminologie folgt der von LARENZ, Methodenlehre.
2) Nur diese Entscheidung ist für die Frage nach dem methodischen Vorgehen des RG ergiebig.
3) Hervorhebung (durch Sperrung) beim RG!
4) S. 164.
5) Beide Sprachbereiche sind bei der Textinterpretation zu berücksichtigen. Vgl. LARENZ, Methodenlehre S. 301 f; CANARIS, Lückenfeststellung, § 2.
6) vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 301.

zulegen gewußt. Es war wohl der Ansicht - was ein Rückschluß aus seiner Argumentation vermuten läßt -, der Gesetzgeber hätte den unbestimmten Artikel "eine (Leistung)" verwenden müssen, wenn jede Leistung dem § 326 I 1,2 hätte unterfallen sollen. Aber auch bei Betrachtung dieser Formulierungsmöglichkeit ist nicht zu erkennen, welchen Einfluß sie auf die Bestimmung der Bedeutung des Begriffes "Leistung" haben könnte. Vielmehr ist die Wahl des bestimmten oder unbestimmten Artikels regelmäßig eine stilistische und grammatikalische Frage. Das wird augenfällig in § 241: Nach dem ersten Satz dieser Norm ist "eine Leistung" zu fordern, nach dem zweiten kann "die Leistung" auch in einem Unterlassen liegen. Irgendeine materielle Aussage kann dem - bestimmten oder unbestimmten - Artikel nicht entnommen werden.

Eine überzeugende Auslegung secundum legem setzt aber zudem die Ermittlung der möglichen Wortbedeutungen voraus. Auch diesem Gebot ist das RG nicht nachgekommen. Vielmehr ist es direkt auf die Bedeutung der Leistung in § 326 I 1 i.S.d. Hauptleistung gestoßen, ohne die in Betracht kommenden und zum Teil sehr naheliegenden Ausdeutungsmöglichkeiten aufzuzeigen und abzuwägen - als da sind: synallagmatische/nichtsynallagmatische Leistung, Gesamtleistung/Einzelleistung, vertragstypische/nichtvertragstypische Leistung. Freilich kann die gebotene Abwägung stattgefunden haben vor der Urteilsabfassung und lediglich in diese nicht ausdrücklich eingegangen sein. Das dies der Fall ist, erscheint jedoch höchst unwahrscheinlich und wäre gegebenenfalls eine nicht entschuldbare Unterlassung, denn mit der Haupt- und Nebenleistung hat das RG gerade ein solches Begriffspaar gewählt, das - mit der ihm zugemessenen Bedeutung (wesentlich - unwesentlich) - selbst dem speziellen Sprachgebrauch des Gesetzgebers fremd ist. Zwar sind die termini Haupt- und Nebenleistung dem Gesetz nicht

unbekannt. Vom ersteren ist in § 367 I die Rede[1], der letztere ist in den §§ 224, 507, 1115, 1158 und 1159 erwähnt. Die im Gesetz verwandten Begriffe sind jedoch nicht wesensgleich mit dem vom RG geprägten Begriffspaar, was die folgenden Überlegungen zeigen:

Im speziellen Sprachgebrauch des Gesetzes wird das Präfix "Neben-" in erster Linie zur Kennzeichnung solcher Rechte benutzt, "die in einer gewissen Abhängigkeit zu einem anderen Recht, dem Hauptrecht, stehen"[2]. Aufgrund der Abhängigkeit werden sie im Schrifttum auch als akzessorische Rechte bezeichnet[3]. Akzessorisch im strengen Sinne, d.h. in ihrer Entstehung, Übertragung und Bestand abhängig, sind die in den §§ 224, 1115, 1158, 1159 genannten Nebenleistungen von einer Hauptleistung freilich nicht. So ist beispielsweise der Anspruch auf die Zinsen, der eine nach der Terminologie des Gesetzes typische Nebenleistung zum Inhalt hat, unabhängig vom Hauptanspruch übertragbar. Doch zeichnet die - in den genannten Vorschriften - erwähnten Nebenleistungen eine weniger strenge Abhängigkeit[4] von der jeweiligen Hauptleistung aus. Sie können regelmäßig nur entstehen, wenn die Hauptforderung entstanden ist, und sie können nicht mehr entstehen, wenn die Hauptforderung erloschen ist[5]. Weitergehend noch bestimmt sich bei den Zinsleistungen deren Höhe nach dem jeweiligen Stand der Hauptforderung. Das Präfix "Neben-" in den §§ 224, 1115, 1158, 1159 weist demnach in der Tat auf ein Abhängigkeitsverhältnis einer Leistung von einer anderen hin, und es erscheint gerechtfertigt, von einem Akzessorietätsverhältnis im weiteren Sinne zu sprechen. Der zu dieser Nebenleistung kontradikto-

---

1) vgl. auch § 224: "Hauptanspruch".
2) vgl. von TUHR, Bd. I, S. 229.
3) von TUHR, aaO, stellt akzessorische und Nebenrechte gleich. Vgl. aber die genaue Unterscheidung bei LARENZ, Die teleologische Beziehung im Verhältnis von Haupt- und Nebenansprüchen, S. 74 f.
4) in § 224 heißt es: vom Hauptanspruch "abhängigen Nebenleistungen".
5) vgl. PALANDT-DEGENHART, § 1115, Anm. 5; KG JW 1938 2406.

rische Begriff[1] der Hauptleistung findet sich in § 367 I, was sich ohne weiteres aus der Gegenüberstellung der Hauptleistung einerseits und der Zinsen und Kosten andererseits ergibt.

Eine grundsätzlich andere Bedeutung kommt dem vom RG zu § 326 I 1 eingeführten Begriffspaar zu. Haupt- und Nebenleistung in diesem Sinne stehen nicht in einem funktionalen Abhängigkeitsverhältnis zueinander. Zwar entstehen sie durch ein und dasselbe Rechtsgeschäft. Aber ihre Einstufung als Haupt- oder Nebenleistung beruht auf einer Wertung ihrer Stellung zum Schuldverhältnis. Als Kriterien hierfür werden die qualitative und quantitative Bedeutung der fraglichen Leistung angesehen. Insofern erfolgt wohl eine Relativierung auch der einzelnen Leistungen untereinander, aber sie bezieht sich nicht auf eine juristisch-konstruktive Einflußnahme der einen Leistung auf das rechtliche Schicksal der anderen. Daher kann eine nach der Terminologie des Gesetzes (§§ 224, 1115, 1158, 1159) abhängige Nebenleistung durchaus als Hauptleistung i.S.d. reichsgerichtlichen Rechtsprechung eingestuft werden[2]. Demnach kann das im Gesetz verwandte Begriffspaar der Haupt- und Nebenleistung nicht wesensgleich sein mit dem vom RG eingeführten Begriffspaar. Ersteres ist gekennzeichnet durch die rechtliche Abhängigkeit der Neben-

---

1) als solcher ist auch der "Hauptanspruch" in § 224 zu verstehen.

2) Beispiel: Bei einem Kaufvertragsschluß wird Zahlung des Kaufpreises in 6 Monaten bei hoher Verzinsung desselben vereinbart. Gerade die Zinsabrede ist erklärtermaßen von großer Bedeutung. Nach der Terminologie des Gesetzes (hier: § 224) ist die Zinsleistung eine Nebenleistung. Dagegen ist sie nach der Rechtsprechung im Rahmen der Anwendbarkeit des § 326 als Hauptleistung qualifizierbar.

leistung von der Hauptleistung[1], letzteres durch eine mehr wirtschaftlich wertende Einordnung zum Schuldverhältnis.

Mit der aufgezeigten Bedeutung der Nebenleistung i.S. d. genannten Rechtsnormen stimmt allerdings der in § 507 verwandte gleichlautende Begriff nicht überein. Hier geht das Gesetz von der vertragstypischen Käuferleistung der Kaufpreiszahlung aus, "neben" der eine weitere Leistungspflicht des Käufers vereinbart ist. Diese Nebenleistungspflicht darf nicht einen den Vertrag derart bestimmenden Charakter haben, daß sie dessen Rechtsnatur als Kaufvertrag verändert - ihm etwa das Gepräge eines gemischttypischen Vertrages verleiht, sonst entfiele bereits die grundlegende Voraussetzung für § 507, daß eben ein Kaufvertrag geschlossen worden ist[2]. Die Kriterien der Nebenleistung in § 507 sind demnach qualitativer und quantitativer Art[3]. Sie bestimmen die Einordnung der Nebenleistung in bezug auf das Schuldverhältnis, sind aber unabhängig davon, ob eine akzessorische Beziehung zwischen der Zahlungspflicht und der Nebenleistungspflicht besteht. Ein solches Abhängigkeitsverhältnis kann im Einzelfall zwar gegeben sein, es charakterisiert aber die Nebenleistung in § 507 nicht. Demnach entsprechen die Kriterien der Nebenleistung in § 507 denen der Nebenleistung i.S.d. Rechtsprechung zu § 326.

---

1) LARENZ, Die teleologische Beziehung im Verhältnis von Haupt- und Nebenansprüchen, S. 78, spricht von einer mittelbaren Zweckeinheit zwischen Haupt- und akzessorischem Nebenleistungsanspruch, weil beide auf einen gemeinsamen Leistungszweck gerichtet sind wobei der akzessorische Nebenleistungsanspruch dem Zweck nur vermittelst des Hauptanspruchs dient. Demgegenüber stellt sich die teleologische Beziehung von Haupt- und Nebenleistung i.S.d. Lehre zu § 326 als Zweckmehrheit dar.

2) vgl. SOERGEL-BALLERSTAEDT, § 507, RNr. 1; PALANDT-PUTZO, § 504, Anm. 2; RGZ 125 123, 125, 127.

3) Das kann auch aus den Motiven entnommen werden, ohne daß diese allerdings auf das Wesen der Nebenleistung eingehen; s. MUGDAN, Bd II, S. 795, 796.

Aus dieser einen Entsprechung der Begriffe Nebenleistung kann aber nicht gefolgert werden, aus dem speziellen Sprachgebrauch des Gesetzgebers ergebe sich für "Leistung" auch die Bedeutung "Hauptleistung". Gerade die Bedeutung Hauptleistung ergibt sich nirgends aus dem Gesetz. Vor allem fehlt im Gesetz aber auch das kontradiktorische Begriffspaar.

Im übrigen wird der Ausdruck "Leistung" in keiner Norm, in der er verwandt ist, von der Rechtsprechung oder dem Schrifttum i.S.d. "Hauptleistung" verstanden, - eben mit Ausnahme der §§ 323 ff aufgrund der Rechtsprechung des RG. Auch in den Materialien zum BGB findet sich kein Hinweis zu einer derartigen Wortbedeutung.

c) Rechtsfindung praeter legem durch teleologische Reduktion

Demnach hat das RG damit, daß es für die Anwendbarkeit des § 326 I 1, 2 das Vorliegen einer Hauptleistung verlangte, diese Vorschrift nicht einschränkend ausgelegt i.S. einer Rechtsfindung secundum legem, - wie es sich den Anschein zu geben versucht hat -, sondern in Wahrheit Rechtsfindung praeter legem durch teleologische Reduktion betrieben. Der Widerspruch zwischen dem vorgeblich[1] und dem tatsächlich eingeschlagenen methodischen Weg hat aber nicht zu meteriell methodischen Fehlern geführt. Das ist vor allem darauf zurückzuführen, daß die Methoden der einschränkenden Auslegung und der Lückenfüllung durch teleologische Reduktion wesensgleich sind[2]. Die teleologische Reduktion ist "die Fortsetzung der (einschränkenden) Auslegung über deren Grenze, die

---

1) vgl. dazu LARENZ, Methodenlehre, S. 369: "Die Rechtsprechung spricht gerne von 'einschränkender Auslegung', wo es sich in Wahrheit um 'teleologische Reduktion' handelt."

2) vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 369; ders., Interpretation und Rechtsfortbildung, S. 384 ff; CANARIS, Lückenfeststellung, § 134, S. 141; MERZ, Auslegung, S. 332 ff; ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 59 (FN 2) I, II, S. 344 ff,

mögliche Wortbedeutung, hinaus"[1].

Das RG war der Ansicht, die Regel des § 326 I 1, 2 sei zu weit gefaßt. Die Anwendung derselben auf Nebenleistungen führe im Verhältnis zur Schwere der Leistungsstörung zu unangemessen weitgehenden Rechtsfolgen. Die Unangemessenheit hat es zwar nicht im einzelnen dargelegt, sie vielmehr recht pauschal behauptet. Doch lassen sich aus den Behauptungen Sinn und Zweck der Einschränkung und damit die Gründe für die Unangemessenheit eruieren, wie die Analyse der höchstrichterlichen Entscheidungen gezeigt hat. Aus jenen Gründen hat das Gericht eine Einschränkung des Gesetzes vorgenommen, wie es ihm nach dem angenommenen Zweck zukam. Die Einschränkung erfolgte durch Hinzufügung einer besonderen Voraussetzung, daß nämlich eine Hauptleistung und nicht irgendeine Leistung aus synallagmatischem Vertrag vorliegen müsse. Demnach hat das RG eine angenommene verdeckte Regelungslücke gemäß der immanenten Teleologie des Gesetzes geschlossen[2].

III. Rechtfertigen die vom RG hervorgehobenen Zwecke die Einschränkung der §§ 323 ff?

---

1) LARENZ, Methodenlehre, S. 369.

2) Unbestritten sind die Übergänge zwischen der Rechtsfindung secundum legem und praeter legem fließend (Nachweise s. FN 2, S. 34) und man mag versucht sein, im Falle der hier untersuchten Rechtsprechung einen nicht eindeutig in diesem oder jenem Sinne bestimmbaren methodischen Vorgang anzunehmen. Bemerkenswert ist jedoch, daß selbst das RG auf die Wortinterpretation in der ersten einschlägigen Entscheidung später nie mehr hingewiesen hat. Dagegen hat es die Teleologie des Gesetzes und die Zwecke der Einschränkung des § 326 auch später noch hervorgehoben, so in RGZ 76 150, s. dazu oben S. 25 ff, lit. c. Auch LARENZ, der in seiner Methodenlehre die Rechtsprechung zu § 326 im Kapitel "Die Ausfüllung verdeckter Lücken, insbesondere durch 'teleologische Reduktion" kurz erwähnt (S. 373/374), sieht in der Einschränkung des § 326 einen Fall der teleologischen Reduktion.

1. Die ermittelten Rechtsprinzipien und ihre Tragweite beim Verzug des Schuldners mit einer Leistung aus gegenseitigem Vertrag

a) Das Verbot der mißbräuchlichen Rechtsausübung

Das Verbot der mißbräuchlichen Rechtsausübung wird unmittelbar aus § 242 hergeleitet[1]. Dessen für das gesamte Rechtsleben fundamentales Gebot an die Beteiligten eines Rechtsverhältnisses, auf die berechtigten Belange des anderen Teils Rücksicht zu nehmen, verlangt Beachtung auch im Fall der Kollision der Interessen[2] des Gläubigers einer Leistung aus synallagmatischem Vertrag mit den Belangen seines Schuldners, der sich mit dieser Leistung in Verzug befindet. Der Konflikt hinsichtlich der kollidierenden Interessen am Ersatz eines möglichen Verzugsschadens ist in § 286 I eindeutig gelöst. Ebenso vom Gesetz - in § 326 II - entschieden ist der Konflikt der widerstreitenden Interessen an der Erhaltung des Vertrages, wenn das Interesse des Gläubigers an der Leistung infolge des Verzuges entfallen ist.

Nicht so eindeutig ist die Entscheidung des Gesetzes

---

1) vgl. statt vieler STAUDINGER-WEBER, § 242, RNr. D 4 ff, D 35 m.w.N.; s. aber auch WIEACKER, Präzisierung, S. 6, 33 ff, der die Lehre von der mißbräuchlichen Ausübung subjektiver Rechte jedenfalls nicht dem engeren Bereich des § 242 zurechnet, weil sie die Grenzen des Privatrechts selbst berührt. Als Anwendungsfall des § 242 läßt WIEACKER das Verbot der unzulässigen Rechtsausübung nur gelten, wenn zum objektiven Mißverhältnis der Interessen des Fordernden zu denen seines Gegners eine mißbilligte subjektive Fehlabwägung hinzukommt. - Kritisch demgegenüber STAUDINGER-WEBER, § 242, RNr. D 35, 2. Abs.

2) Der Begriff des Interesses wird hier und im folgenden im untechnischen Sinne verstanden. Soweit er im technischen Sinne, also im Sinne einer bestimmten Gesetzesnorm verwandt wird, ist dies gekennzeichnet durch Konkretisierung "Interesse an bzw. am ...".

jedoch für all die Fälle, in denen das Interesse des Gläubigers an der Leistung des Schuldners trotz Schuldnerverzuges nicht entfallen ist, der Gläubiger sich aber gleichwohl unter Hinweis auf den Verzug vom Vertrag lösen will, während der Schuldner am Vertrag festhalten möchte. Zwar bestimmt § 326 I 1, 2 zu Gunsten des Gläubigers aus einem gegenseitigem Vertrag, daß es zur Ausübung des Rücktrittsrechts oder des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, der ja auch die Durchführung des Vertrages hindert, nicht auf den Interessenwegfall wegen des Schuldnerverzuges ankommt[1]. Aber hier bleibt doch Raum für eine Interessenabwägung unter dem Gesichtspunkt des § 242, wenn der vom Gesetz in § 326 I 1, 2 gelöste, typische Interessenkonflikt, bei dem das auszutauschende Leistungsobjekt nicht rechtzeitig erbracht worden ist, nicht vorliegt. Diese Konstellation ist regelmäßig gegeben, wenn sich der Schuldner mit einer sog. Nebenleistung in Verzug befindet, wie die oben mitgeteilten Sachverhalte zeigen. Für diese Fallgruppe erscheint das Verbot der mißbräuchlichen Rechtsausübung unter zwei zu diesem Prinzip entwickelten Aspekten geeignet, rechtliche Wertentscheidungen einsichtig zu machen.

aa) Das Ausweichprinzip

Zum einen wird die Rechtsausübung als unzulässig erachtet, wenn zwar ein berechtigtes Interesse besteht, dieses aber auch auf andere, den Gegner weniger schädigende Weise befriedigt werden kann[2]. HUBMANN[3] bezeichnet dies zutreffend als Ausweichprinzip. Danach soll nicht das eine Interesse (hier des Gläubigers) auf Kosten des anderen Interesses (hier des

---

1) dazu eingehend unten S. 39 ff.
2) vgl. SIEBERT-KNOPP, § 242, RNr. 258, mit Beispielen aus der Rechtsprechung.
3) in AcP 155, 85, 123, 124.

Schuldners) befriedigt werden, wenn auf einem anderen Wege das Ziel der einen Partei bei gleichzeitiger Schonung der Belange der anderen Partei zu erreichen ist. In diesem Sinne können die Hinweise des RG[1] und des BGH[2] verstanden werden, nach denen der Gläubiger seine Interessen durch Ausübung der Rechte aus § 286 I und aus Annahmeverzug (hier des Schuldners) hinreichend wahren kann. Doch bezieht sich diese Interessenwahrung tatsächlich nur auf das Interesse des Gläubigers am Ersatz des Verzugsschadens und am Freiwerden von der Sachgefahr, nicht aber auf das Interesse an der Vertragslösung, das überhaupt erst zu der hier in Frage stehenden Kollision führt. Denn die Rechte aus § 286 I und aus Annahmeverzug berücksichtigen das Vertragslösungsinteresse des Gläubigers in keiner Weise, so daß von einer den Schuldner weniger schädigenden Ausübung des Rechts auf Vertragslösung nicht gesprochen werden kann.

bb) Zweckwidrigkeit der Rechtsausübung

Zum anderen ist eine Rechtsausübung unzulässig, wenn sie nicht der Verwirklichung der vom Gesetz geschützten Interessen dient, sondern wenn das Recht zweckwidrig verwendet werden soll[3]. Für eine solche Zweckwidrigkeit und damit die Irrelevanz des Gläubigerinteresses an der Nichtdurchführung des Vertrages spricht die Sachfremdheit[4] eben dieses Interesses. Es beruht auf einem ganz anderen Umstand als demjenigen, den der Gläubiger vorschiebt, um sein Interesse zu befriedigen. M.a.W. das Vertragslösungsinteresse ist nicht verursacht durch den Tatbestand

---

1) RGZ 53 161/162.
2) NJW 72 99, 101.
3) vgl. STAUDINGER-WEBER, § 242, RNr. D 38, D 83; SIEBERT-KNOPP, § 242, RNr. 245 ff, 250; ESSER, Schl I, § 6 II 1, S. 35 f, "institutioneller Rechtsmißbrauch".
4) vgl. HUBMANN, S. 103 ff.

des schuldnerischen Verzuges mit einer Nebenleistung.

Gerade auf das Merkmal der Kausalität zwischen Schuldnerverzug und Wegfall des Interesses an der Vertragserfüllung hat aber der Gesetzgeber in § 326 I 1, 2[1] bewußt[2] verzichtet. Das Gesetz ermöglicht es, daß der Gläubiger aus sachfremden Erwägungen - Erwägungen, die mit dem Schuldnerverzug nicht in Zusammenhang stehen - vom Vertrag zurücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt. Der Gläubiger darf einen Grund für die Vertragslösung vorschieben, der nicht sein Beweggrund, sondern nur Vorwand ist[3]. Daher kann die Ausübung der Rechte aus § 326 I 2 auch im Falle des Verzugs mit einer Nebenleistung nicht wegen fehlender Kausalität zwischen dem Verzug und dem Verlangen des Gläubigers nach Nichtdurchführung des Vertrages als mißbräuchlich angesehen werden, es sei denn, Sinn und Zweck des gesetzlichen Verzichts auf das Kausalitätserfordernis träfen auf die Fälle des Verzuges nur mit einer Nebenleistung nicht zu.

Das Rücktrittsrecht und der Anspruch auf Schadensersatz unter den besonderen Voraussetzungen des § 326 I 1 wurden dem Gläubiger erst in der zweiten Lesung des Entwurfs des BGB zugebilligt. Der 1. Entwurf sah diese Rechte nur für zwei Fälle vor[4]: Fortfall des Interesses an der Vertragserfüllung infolge des Ver-

---

1) nicht dagegen in § 286 II; dort geht es zwar um das Interesse an der Leistung, nicht um das Interesse an der beiderseitigen Vertragserfüllung, aber die Frage der Kausalität ist die gleiche.
2) s. Prot., S. 644 ff, 647: "Durch die Möglichkeit des Rücktritts werde der Gläubiger in die Lage versetzt, sich von einem ihm ungünstigen Vertrage loszumachen, auch wenn sein Interesse durch die Zögerung vielleicht nicht im mindesten verletzt .... sei."
3) vgl. RGZ 76 150, 152.
4) Der Entwurf folgte insofern weitgehend dem gemeinen Recht; vgl. Mot. II, S. 209 f; WINDSCHEID, 7. Aufl., § 280 Nr. 1, § 394 Nr. 24.

zuges (§ 326 II, E I §§ 247 II, 369 II) und nach Erwirkung eines rechtskräftigen Urteils (§ 283, E I § 243[1]). Maßgebend für die Einfügung einer dritten Norm, also des Gesetz gewordenen § 326 I 1,2, waren folgende Erwägungen[2]: Gerade beim Kauf, für den Rücktrittsrecht und Schadensersatz wegen Interessefortfalls hauptsächliche Bedeutung habe, führe die Voraussetzung des Interessefortfalls zu einem unbilligen Festhalten des Gläubigers (Verkäufers) am Vertrage, weil sich bei Geldleistungen kaum jemals sagen lassen werde, daß sie kein Interesse für den Gläubiger haben. Dem Gläubiger bleibe daher regelmäßig nur die Möglichkeit, ein rechtskräftiges Urteil gegen den nicht zahlenden Schuldner zu erstreiten, ehe er vom Vertrag wieder loskommen könne. Solange aber der Gläubiger nicht vom Vertrage losgekommen sei, müsse er sich zur Gegenleistung bereit halten oder die bereits erbrachte Gegenleistung dem Schuldner belassen[3]. - Damit ist die herausragende Besonderheit des Schuldnerverzuges bei gegenseitigen Verträgen aufgezeigt[4]: Der vertragstreue Gläubiger muß sich zur Gegenleistung bereit halten, solange die Leistung des Schuldners noch erbracht werden kann. Daher hat der Gläubiger ein erhebliches Interesse daran, den durch den Schuldnerverzug hervorgerufenen Schwebezustand - leistet der Schuldner noch und muß der Gläubiger seine Leistung ebenfalls noch erbringen? - beenden zu können. Hat er dazu nur die Möglichkeit, indem er ein rechtskräftiges Urteil erstreitet, so

---

1) Der RGRK nennt den § 234 als Vorschrift des 1. Entwurfs, aus dem § 283 BGB hervorgegangen ist. Das beruht offenbar auf einem Druckfehler. Es muß heißen: "E I 243".

2) s. Prot., S. 644 ff.

3) Dieses Argument wurde nicht ausdrücklich zur Begründung der Annahme der Anträge, die auf Einfügung des § 326 I 1,2 gerichtet waren, verwandt, sondern im Rahmen der Gründe für einen Antrag, nach dessen Inhalt auf das Erfordernis des (zu vertretenden) Verzuges verzichtet werden sollte, der aber abgelehnt wurde.

4) vgl. auch SOERGEL-SCHMIDT, § 326, RNr. 1; STAUDINGER-KADUK, § 326, RNr. 5, 27.

wird der Schwebezustand unzumutbar lange aufrecht erhalten. Dieser Gesichtspunkt rechtfertigt es, auf das Kausalitätserfordernis zwischen Schuldnerverzug und Interessefortfall zu verzichten. Den Belangen des Schuldners wird hinreichend Rechnung getragen[1] durch das Erfordernis der Nachfristsetzung und der Ablehnungsandrohung.

Die gekennzeichnete, bei Verzug mit der Hauptleistung typische Interessenlage ist aber beim Verzug nur mit einer Nebenleistung nicht gegeben. Der Gläubiger hat seine Leistung vorzubereiten oder bereit zu halten und bezüglich der Hauptleistungen die gleiche Chance auf einen störungsfreien Austausch - regelmäßig Zug um Zug - wie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Denn der Schuldner, der lediglich mit einer Nebenleistung in Verzug ist, hat damit nicht zu erkennen gegeben, daß er die Durchführung des wesentlichen Teils des Vertrages beziehungsweise den Geschäftszweck vereiteln will. Andernfalls wäre der Interessenkonflikt wieder eindeutig zu Gunsten des Gläubigers gelöst, denn es läge nicht nur Verzug mit einer Nebenleistung vor, sondern ein Verhalten des Schuldners, das nach den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung[2] oder wegen Erfüllungsverweigerung[3] direkt aus § 326 I 1, 2 zur durchgreifenden Beachtung des Vertragslösungsinteresses des Gläubigers führen würde. Der Gläubiger ist also beim Verzug des Schuldners nur mit einer Nebenleistung nicht in der unsicheren Situation, seine Leistung für das Geschäft binden zu müssen, ohne zu wissen, ob der Schuldner seinerseits noch leisten wird. Vielmehr hält er ebenso wie der Schuldner seine (Haupt-)Leistung zum Austausch be-

---

1) s. Prot. S. 647.
2) vgl. statt vieler PALANDT-HEINRICHS, § 326, Anm. 6 b, sowie § 276, Anm. 7 e bb; BGH NJW 69 975.
3) vgl. statt vieler PALDANDT-HEINRICHS, § 326, Anm. 6 d.

reit, so daß seiner Erfüllungsbereitschaft die des Schuldners hinsichtlich der wirtschaftlich entscheidenden Leistung gegenübersteht. Soweit allerdings eine Unsicherheit tatsächlich besteht, ist dies eine Unsicherheit, wie sie bei jedem gegenseitigen Vertrag bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses gegeben ist. Diese Unsicherheit mag psychologisch geringfügig verstärkt werden durch den Verzug mit einer Nebenleistung. Aber der Gläubiger kann sich gegebenenfalls schnell Gewißheit darüber verschaffen, ob der Schuldner zur Erfüllung der Hauptleistungspflicht unverändert bereit ist.

Treffen demnach Sinn und Zweck des gesetzlichen Verzichts auf das Kausalitätserfordernis im Falle des Verzuges nur mit einer Nebenleistung nicht zu, so ist es folgerichtig, dem nicht durch den Verzug entstandenen subjektiven Interesse des Gläubigers an der Nichtdurchführung des Vertrages wegen Sachfremdheit den rechtlichen Schutz zu versagen, es also als nicht schutzwürdig zu qualifizieren[1] bzw. ein objektives Interesse zu verneinen. Diese aus der Lehre vom Rechtsmißbrauch ermittelte Wertung findet zudem eine Stütze in den §§ 320 II, 459 I 2, 468 S. 2, 542 II, 634 III. In ihnen ist ebenfalls die Schutzwürdigkeit des Gläubigerinteresses an der Ausübung bestimmter Rechte, die dem Wortlaut der Grundvorschriften §§ 320 I 1, 459 I 1, 468 S. 1, 542 I 1,

---

1) Dieses Ergebnis läßt sich auch aus einer teleologischen Auslegung des § 326 I 1, 2 gewinnen, ohne daß § 242 herangezogen werden müßte. Das ist schon in den vorangegangenen Darlegungen deutlich geworden. Die zweifache Begründbarkeit beruht darauf, daß es beim Einwand des Fehlens eines berechtigten Interesses auf den zweck- und funktionswidrigen Gebrauch des fraglichen Rechts ankommt; ein Kriterium, das notwendig zu einer großen Argumentationsnähe und teilweise sogar zu einer Überlagerung hinsichtlich der Anwendung des § 242 und der teleologischen Auslegung führt; vgl. SOERGEL-KNOPP, § 242, RNr. 245.
Da das RG die Restriktion des § 326 I 1, 2 (auch) auf § 242 gestützt hat, war hier die Begründung über die Lehre vom Rechtsmißbrauch zu prüfen.

634 I nach gegeben sind, verneint wegen der Geringfügigkeit des Tatbestandes, der formal zur Begründung des jeweiligen Rechts geeignet ist[1].

Folglich stützt das RG die Reduktion des § 326 I 1,2 bzw. der §§ 323 ff. zu Recht (auch) auf die Lehre vom Verbot der mißbräuchlichen Rechtsausübung, und zwar nicht nur bezüglich der rechtlichen Erwägungen, sondern auch in Hinblick auf die Rechtsfolge. Denn eine unzulässige Rechtsausübung führt nach ganz h.M.[2] zur inhaltlichen Begrenzung des Rechts in sich[3], d. h. zur Verneinung des Rechts und nicht nur zum Verbot der Ausübung eines materiell bestehenden Rechts[4].

b) Der Grundsatz der Vertragstreue - pacta sunt servanda[5]

Der Grundsatz pacta sunt servanda, auf den das RG die Reduktion des § 326 I, 1,2 außerdem stützte, und den

---

1) Vgl. zur Bewertung der genannten Normen als Ausfluß des Verbots der mißbräuchlichen Rechtsausübung SIEBERT-KNOPP, § 242, RNr. 250; RGZ 76, 150, 153 (Einwand der Arglist); WIEACKER, Präzisierung, S. 26, ordnet die Fälle der Unverhältnismäßigkeit von Interesse und Gegeninteresse in das "officium iudicis", also das Gebiet der Konkretisierung von Rechtsnormen ein. Er nennt als Fälle der "Latitüde" die §§ 280 II (?), 320 II, 459 I 2, spricht aber auch im gleichen Zusammenhang vom Einwand der grob unbilligen Rechtsausübung.

2) sog. "Innentheorie"; s. STAUDINGER-WEBER, § 242, RNr. D 26 ff. m.N.; grundlegend W. SIEBERT, Verwirkung, S. 87 ff.

3) Auch aus diesem Grunde ergeben sich keine Bedenken gegen die Begründung der Restriktion mittels § 242 anstatt mittels teleologischer Auslegung allein; vgl. schon S. 42, FN 1.

4) so aber die sog. "Außentheorie"; Nachweise hierzu bei STAUDINGER-WEBER, § 242, RNr. D 25.

5) Vertragstreue kann im Sinne einer allgemeinen Treupflicht verstanden werden; so COING, Grundsätze, S. 77: "Treue verlangt über die Willensbindung an das gegebene Wort eine Bindung in der Gesinnung an den Anderen"; - Hier ist mit Vertragstreue allein die Bindung an das gegebene Wort gemeint, wie es auch der vorwiegenden Verwendung entspricht.

es in der Entscheidung im 76. Bande[1] auch ausdrücklich heranzog, wird im neueren Schrifttum kaum noch erörtert. Die führenden Lehrbücher zum Schuldrecht - dem Rechtsgebiet, dem der Grundsatz entstammt[2] und in dem ihm an sich überragende Bedeutung zukommt[3] -, erwähnen oder erörtern ihn nicht[4]. Die darin zum Ausdruck kommende Zurückdrängung des Grundsatzes ist die Folge der aktuelleren Diskussion um den Geltungsgrund der Verpflichtungsgeschäfte[5] sowie des vorherrschenden Bemühens um Fallgerechtigkeit durch Abwägung der jeweiligen individuellen Einzelinteressen[6]. Mit beiden Themen ist der Grundsatz pacta sunt servanda freilich eng verknüpft.

Aber über die Verschiebung der Diskussionsschwerpunkte hat der Grundsatz pacta sunt servanda seine Aussagekraft eingebüßt, sein Standort im System ist fragwürdig geworden. Dies spiegelt sich wieder in der Unklarheit und mangelnden Verwendbarkeit der Definitionen und Umschreibungen zu Inhalt und Funktion der Vertragstreue:

Nach REHFELDT-REHBINDER[7] könnte es "ohne den Satz pacta sunt servanda (Verträge sind einzuhalten)" Recht nicht geben, weil menschliches Zusammenleben ohne ihn nicht möglich wäre. Der Vertrag ist ein "Urphänomen"; dieses erklären zu wollen, hätte "etwas

---

1) S. 150; s. auch oben unter II. 1. c), S. 26.
2) ausführlicher Nachweis bei STEINWENTER, passim.
3) Das ist insofern selbstverständlich, als es Vertragstreue heißt oder "pacta ...". Allerdings gilt der Grundsatz vor allem auch im Völkerrecht, wo er heute seine größte Bedeutung hat. Das mindert freilich nicht seine Bedeutung für das Zivilrecht, die hier untersucht wird.
4) Er ist nicht erwähnt bei LARENZ, SchR I, wo er in den §§ 1 - 4 (insbesondere § 4) zu suchen wäre; ebensowenig bei ENNECCERUS-LEHMANN, s. insbesondere §§ 1, 2 und §§ 26 ff.; anders ESSER, SchR I, § 2 I, S. 6, der ihn einmal erwähnt aber nicht erörtert; ebenso FIKENTSCHER, § 5 I 2 c, S. 17.
5) In diesem Zusammenhang wird der Grundsatz mehr oder weniger beiläufig erörtert. Vgl. BYDLINSKI, S. 109 ff.; CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 412 ff.
6) hinzuweisen ist nur auf die große Palette der Interessengesichtspunkte zu § 242.
7) S. 152, 153.

Törichtes an sich". Für ENGISCH[1] ist pacta sunt servanda "auch ein kategorischer Imperativ, er wird vielfach als dem 'Naturrecht' zugehörig angesehen". Was der Satz außerdem bedeutet, sagt ENGISCH nicht. WIEACKER[2] bezeichnet die Vertragstreue "als die Bewährung der höchsten persönlichen Rechtstugend der Verläßlichkeit (der fides und constantia)". Bei STAUDINGER-WEBER[3] heißt es nur: "Die Vertragstreue deckt sich im allgemeinen mit einer ordnungsgemäßen Erfüllung." Vielfach wird von pacta sunt servanda auch nur gesprochen als dem Ausdruck des ethischen[4] Prinzips der Treue zum gegebenen Wort[5]. Welche Funktion dem Satz im System des Schuldrechts zukommt, und was er genau beinhaltet, ist aus derartigen Umschreibungen nicht zu ersehen. Funktion und Inhalt der Vertragstreue sind daher vorweg zu klären.

aa) Inhalt und Funktion des Grundsatzes

Zunächst ist festzustellen, daß der Satz pacta sunt servanda (oder "Verträge sind einzuhalten"), versteht man ihn als rechtliche Erfassung der ethischen Pflicht, zum gegebenen Wort treu zu stehen, keine

---

1) S. 32,
2) Vertragsbruch aus Gewissensnot, JZ 1954, 466, 468.
3) § 242, RNr. A 229,
4) Deshalb ist aber die Rechtssatzqualität des Grundsatzes heute nicht mehr zweifelhaft. Nach COING, Grundsätze, S. 54 f., führt der sittliche Wert der Zuverlässigkeit, auf dem pacta sunt servanda beruht (s. dort auch S. 37), zu einem bestimmten, inhaltlich notwendigen Rechtssatz, weil er sich in "echtem Recht" auswirkt, d.h. vom Menschen ein bestimmtes Verhalten verlangt, und das gegensätzliche Verhalten - den Vertragsbruch - als negativen "Unwert" ausschließt. Auch BYDLINSKI, der die Vertragstreue vornehmlich unter ethischen Gesichtspunkten behandelt, ordnet ihr normative Kraft zu, S. 122.
5) vgl. SIEBERT-KNOPP, § 242, RNr. 7; LARENZ, Vertrag und Unrecht, S. 24; COING, Grundsätze, S. 37, spricht von der "Zuverlässigkeit" und "neben der Zuverlässigkeit steht die Treue", aber auch die Zuverlässigkeit ist ein sittlicher Wert, so S. 54. BYDLINSKI, S. 109, 122, 124, 129, 137.

eigenständige, rechtlich relevante Aussage beinhaltet. Denn daß ein Vertrag einzuhalten ist, folgt bereits aus dem Phänomen, das es ermöglicht, durch privatautonomen rechtsgeschäftlichen Willensakt rechtsverbindliche Verpflichtungen zu begründen. Gleich wie dieses Phänomen zu erklären ist - was also der Geltungsgrund der Verpflichtungsgeschäfte ist -, aus ihm allein folgt bereits, daß die Verpflichtung auch einzuhalten ist. Denn es wäre ein logisches Unding anzunehmen, Verpflichtungen könnten zwar rechtswirksam begründet werden aufgrund eines bestimmten Geltungsgrundes, dieser Geltungsgrund würde aber über den Entstehungsakt hinaus - bis zur Erfüllung - nicht weiterwirken, sondern nunmehr - vom Entstehungsakt an bis zur Erfüllung - bedürfe es eines Grundsatzes wie etwa pacta sunt servanda oder der Verkehrssicherheit, der dem Verpflichteten die Erfüllung gebietet[1]. Das wäre a = non a. Demnach ist das Schlagwort "Verträge sind einzuhalten" eine Leerformel, weil der in ihm ausgesprochene Imperativ bereits aus einem anderen Prinzip als dem des pacta sunt servanda folgt, es sei denn, pacta sunt servanda ist selbst der Geltungsgrund der Verpflichtungsgeschäfte.

aaa) Das ist allerdings früher angenommen worden[2]. Dieser

---

1) so sind aber die Ausführungen von ESSER, § 2 I, S. 6, zu verstehen; wirklich gemeint ist das aber kaum. Eine Parallele zu dieser - m.E. unzutreffenden - Auffassung findet sich auch bei M. WOLF, S. 25, 26; dort heißt es: "Dieser Bindungswille ist aber nur beim Entstehen der Bindung unentbehrliche Voraussetzung. Für den Fortbestand der Bindung ist das Bedürfnis nach Sicherheit des Rechtsverkehrs der entscheidende Gesichtspunkt"; m.E. müßte hinzugefügt werden: der aber seine volle Wirkung bereits in der Entstehung, d.h. eingeschlossen im Geltungsgrund, entfaltet.

2) Die ethische Pflicht der Treue zum gegebenen Wort ist vor allem bei GROTIUS von entscheidender Bedeutung gewesen, und er hat mit diesem Gedanken nachhaltigen Einfluß ausgeübt; vgl. hierzu WIEACKER, Privatrechtsgeschichte, S. 293 ff. Eine umfassende Darstellung der Begründungsversuche zur Verbindlichkeit verpflichtender Rechtsgeschäfte hat v. HIPPEL, S. 89, FN 25, gegeben. V. HIPPEL selbst erachtet die Frage nach dem Geltungsgrund des Rechtsgeschäfts als "Fehlfrage" (S. 84, 85).

Auffassung ist entgegengehalten worden, daß dann jeder Vertrag ohne Ansehen seines Inhalts rechtsverbindlich sein müßte. Denn die Vertragsparteien geben einander auch dann ihr Wort, wenn sie einen rechtlich mißbilligten Vertrag schließen, und folglich entsteht auch hier die (ethische) Pflicht, zum gegebenen Wort zu stehen. Es ist aber ausgeschlossen, daß sich das Recht einer so absolut auftretenden ethischen Forderung nach der Treue zum gegebenen Wort unterwirft "und alle Verträge ohne Rücksicht auf ihre allfällige Schädlichkeit für die Rechtsgemeinschaft mit Verbindlichkeit ausstattet".[1] Daher wird es heute kaum noch unternommen, den Geltungsgrund der Verpflichtungsgeschäfte aus dem Grundsatz pacta sunt servanda zu erklären.

Immerhin erachtet BYDLINSKI "die ethische Kraft der Vertragstreue"[2] als eine von vier normativen Kräften[3], die seiner Ansicht nach für den Aufbau des Rechts der Verpflichtungsgeschäfte - kumulativ aber

---

Ihm erscheint der Versuch, in apriorischem Sinne nachweisen zu wollen, daß es einen allgemeingültigen Grund der Verpflichtung gibt, vergeblich. Seiner Ansicht nach sind Art und Umfang des Geltungsgrundes Folge des Erziehungsstandes eines Volkes. Der Erziehungsstand gebietet allerdings die Zulassung von Rechtsgeschäften - der Privatautonomie - und zwar in wechselndem Umfange (S. 78, 79). Damit ist zwar das "Ob" von Rechtsgeschäften regelmäßig entschieden, nicht aber das "Inwieweit" (S. 85). - Vgl. auch BYDLINSKI, S. 109; eine umfassende Darstellung der verschiedenen Theorien findet sich auch bei PAWLOWSKI, S. 168 ff., FN 49 ff

1) BYDLINSKI, S. 110.
2) auch bei BYDLINSKI sind die Grundsätze der Vertragstreue und pacta sunt servanda inhaltsgleich; s.S. 109 ff. Sie werden bei BYDLINSKI wie auch in dieser Arbeit synonym verwandt; vgl. schon S. 43, FN 5.
3) dies sind außerdem: (1) der Gedanke der willentlichen Selbstbestimmung; (2) der Gedanke der inhaltlichen Äquivalenz der vertraglichen Leistungen und Rechtsstellungen; (3) der Gedanke der Verkehrssicherheit, der sich vor allem als Forderung nach Vertrauensschutz auswirkt. Vgl. auch MERZ, Privatautonomie, S. 4: "Der Vertrag ist nach Entstehung und Inhalt das Produkt verschiedener Elemente."

z.T. auch nur alternativ - maßgebend sind. Die Vertragstreue soll sogar ausnahmsweise alleiniger Geltungsgrund eines Rechtsgeschäfts sein können[1]. Dies begründet BYDLINSKI in beispielhaft angeführten Fällen damit, daß "eine Haftung aus Erklärung wegen veranlaßten Vertrauens zur Wahrung der Verkehrssicherheit" nicht in Betracht komme[2]. Dagegen erheben sich zweierlei Bedenken. Zum einen ist die Methode negativer Ausgrenzung fragwürdig (weil die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verkehrssicherheit nicht Platz greifen, muß die Vertragstreue der gesuchte Geltungsgrund sein!), und zum anderen erscheint es zweifelhaft, ob - wenn schon mehrere normative Kräfte für das Recht der Verpflichtungsgeschäfte maßgebend sind - diese nicht nur zusammen sondern auch einzeln als Geltungsgrund wirken können. Diesen Bedenken ist jedoch hier nicht weiter nachzugehen, da es für die Frage nach Inhalt und Funktion des Grundsatzes pacta sunt servanda nicht auf den "wahren" Geltungsgrund ankommt, sondern zunächst nur auf den Nachweis, daß der Grundsatz jedenfalls nicht selbst der Geltungsgrund ist. D e r Geltungsgrund ist pacta sunt servanda aber auch nach BYDLINSKI nicht. Er erachtet ihn vielmehr nur in Ausnahmefällen als ursächlich für die rechtliche Geltung einer Verpflichtungserklärung.

Dagegen kommt der Vertragstreue in diesem Problembereich überhaupt keine Bedeutung zu nach der h.L., die den Geltungsgrund im Prinzip der Privatautonomie sieht[3]. Für FLUME ist "es die Idee des Vertrages,

---

1) S. 111, letzter Absatz.
2) S. 112; als ein "sicheres" Beispiel hierfür nennt er den Anspruch desjenigen, der die in einer Auslobung bezeichnete Handlung ohne Rücksicht auf die Auslobung vorgenommen hat (§ 657).
3) Die h.L. sieht den Geltungsgrund zwar im Prinzip der Privatautonomie, beantwortet also durchaus die Frage nach dem Geltungsgrund, hält sie aber gleichwohl für eine Fehlfrage, weil man sich mit ihr außerhalb der Lehre von der Privatautonomie stellen würde. Dieser scheinbare Widerspruch wird besonders deutlich bei CANARIS, Vertrauenshaftung,

..., daß das vertraglich Vereinbarte deshalb gilt, weil die Vertragschließenden, ein jeder in Selbstbestimmung vereinbart haben, daß es so rechtens sein soll"[1]. Der Geltungsgrund ist "nur die Selbstbestimmung und ihre Anerkennung durch die Rechtsordnung"[2], und zwar wird hier das allgemeine Prinzip der Selbstbestimmung des Menschen wirksam in seinem Teilaspekt der Privatautonomie - also des Prinzips der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen[3].

bbb) Hat demnach der Grundsatz der Vertragstreue keine oder jedenfalls keine entscheidende Bedeutung für die Bindungswirkung von Verträgen - und zwar weder in ihrem Entstehungszeitpunkt noch für den grundsätzlichen Fortbestand der Bindung danach -, weil er die Geltung des Rechtsgeschäfts voraussetzt, so kann seine Bedeutung nur im Bereich der Störung des Schuldverhältnisses liegen.

Die durch privatautonomen rechtsgeschäftlichen Willensakt geschaffene Bindungswirkung - d.h. bei Verträgen die Verbindlichkeit des Schuldners bzw. das Forderungsrecht des Gläubigers - ist gefährdet durch Störungen im Stadium der Vertragsabwicklung. Die Bindungswirkung hat Grenzen. Sie entfällt, der Schuldner wird von seiner Verbindlichkeit befreit, und der

---

S. 412 ff.; v. HIPPEL, S. 57 ff. (71), 73 ff.; vgl. ferner zur h.L. FLUME, Rechtsgeschäft, S. 1 ff.; ders. in JT-Festschrift, S. 141 ff.; ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 49 I, S. 299 ff., und § 145 I, II, S. 894 ff.; LARENZ, AT, § 7 IV, vgl. aber auch § 7 I, S. 80 ff.; LEHMANN-HÜBNER, § 24 I, S. 140 ff.; BAUMANN, § 7 II 1 a, S. 202 f.; Kritik an der h.L. übt SÄCKER, S. 536 ff., der einen zwischen der "Kombinationstheorie" BYDLINSKIS und der h.L. vermittelnden Standpunkt einnimmt.

1) Rechtsgeschäft, S. 7, vgl. auch S. 3; LARENZ, AT, § 7 I, spricht vom "Aktivum des Versprechens".
2) Rechtsgeschäft, S. 5; darin liegt eine Kombination der Willens- und Verkehrstheorie, die EHRENZWEIG (S. 81 ff., 86 ff.) schon 1889 vertreten hat; EHRENZWEIG sprach vom "gewollten Zwang", den der Schuldner leidet (S. 87).
3) Rechtsgeschäft, S. 1 (ff.).

Gläubiger verliert sein Forderungsrecht, wenn beispielsweise nicht zu vertretende, nachträgliche Unmöglichkeit oder Unvermögen eintreten (§ 275 I, II). Die gleiche Folge ist aber auch in Betracht zu ziehen, wenn dem Schuldner die Erfüllung seiner Verbindlichkeit "wirtschaftlich unmöglich" wird, oder wenn sie die Grenzen der "Zumutbarkeit" erreicht, oder wenn sich die bei Vertragsschluß gegebenen Umstände nachträglich wesentlich ändern (clausula rebus sic stantibus; Wegfall der Geschäftsgrundlage). Derartige Tatbestände wirken zu Gunsten einer Befreiung des Schuldners von seinen vertraglichen Pflichten und damit auf die - erlaubte - Nichteinhaltung des gegebenen Worts hin. Soll die auf eine Lossage vom Vertrag abzielende Kraft nicht regelmäßig zum Ziel führen, und soll sie objektiv beurteilt werden, so muß ihr eine Gegenkraft gegenübergestellt werden, die auf eine Vertragserhaltung bzw. Vertragserfüllung abzielt. Nur in der Abwägung der beiden divergierenden Kräfte kann die richtige Entscheidung gefunden werden. Während nun die Partei, die vom Vertrag loskommen möchte, ein besonderes Lösungsinteresse i.S.d. oben beispielhaft angeführten Gründe darlegen kann, wird es dem anderen Vertragsteil, der am Kontrakt festhalten möchte, regelmäßig schwer fallen, besondere Gründe für die Vertragserhaltung anzuführen. Sein Vertrauen auf das gegebene Wort des anderen ist möglicherweise nicht beweisbar oder auch kaum konkret darzulegen. Ist dies doch der Fall, so erfordert die Darlegung möglicherweise, daß er Einblick in seine Dispositionen gibt. Das würde bei ihm Zumutbarkeitsfragen aufwerfen. Überdies ist es zweifelhaft, ob er sich auf objektive, außerhalb des Individualvertrages liegende Umstände, die für ein Festhalten am Vertrage sprechen, berufen kann. Schließlich stellt sich die grundsätzliche Frage, ob der Partei, die keinerlei Störung verursacht hat und am Vertrage festhalten möchte, überhaupt eine derartige Darlegungslast auferlegt werden sollte.

Dieser Fragenkomplex wird durch den Grundsatz pacta sunt servanda beantwortet. Er ist die - von Amts wegen - zu beachtende Gegenkraft zu den für eine Vertragsauflösung sprechenden Umständen[1]. Als solche umschließt er sowohl objektive als auch subjektive Gesichtspunkte, die im Konfliktsfall zu Gunsten der Vertragserhaltung sprechen.

Von hervorragender Bedeutung ist der objektive Wert der Verkehrssicherheit[2]. Der Grundsatz pacta sunt servanda bietet "eine besondere Gewähr für die Rechtssicherheit ..., die ein rechtswesentliches Stück des Rechtsverkehrs auch heute bildet, von dem deshalb, soll nicht der Rechtsunsicherheit und Rechtsverwirrung Tür und Tor geöffnet werden", nur ganz ausnahmsweise abgegangen werden kann[3]. Ohne ihn ist ein entwickelter Tauschverkehr, rechtlich das Schuldrecht, nicht möglich[4]. Darin kommt schon als weiterer objektiver Wert die (vermutete) gesamtwirtschaftliche Nützlichkeit des Einzelvertrages zum Ausdruck. Dieser Wert ist Gegenstand der Lehre von der "ökonomisch-sozialen Funktion des Vertrages"[5]. Nach ihr

---

1) Diese Funktion des Grundsatzes wird deutlich aufgezeigt von STEINWENTER (passim), der als einziger in neuerer Zeit eine umfassende monographische Untersuchung zur "Vertragstreue im Bürgerlichen Recht" vorgenommen hat. - Das gleiche Verständnis liegt bei WILBURG, S. 17 ff., zugrunde. Ebenso bei NIPPERDEY, Vertragstreue, der aber vom Prinzip pacta sunt servanda keine Ausnahme zulassen will und daher im Falle der Unzumutbarkeit zwischen "äußerer" und "innerer Vertragstreue" unterscheidet. - Zum dialektischen Prozeß konkreter Abwägungen vgl. auch STAUDINGER-WEBER, § 242, RNr. B 129, B 191, B 158, B 469.

2) ausführlich BYDLINSKI, S. 131 ff.; er untersucht den Gedanken der Verkehrssicherheit zwar in erster Linie unter dem Aspekt seiner Bedeutung für den Geltungsgrund, er betont aber auch die Weiterwirkung nach Abschluß des rechtsverbindlich geschlossenen Vertrages (S. 69). Vgl. auch WILBURG, S. 235; MERZ, Privatautonomie, S. 4.

3) RG JW 1938, 2135 (im Leitsatz), 2136.

4) COING, Grundsätze, S. 38.

5) s. hierzu RAISER, JT-Festschrift, S. 119 und dort FN 46 m.w.N.; eindrucksvoll zu diesem Gesichtspunkt WIEACKER, Privatrechtsgeschichte, S. 622 ff., 547 ff.; vgl. auch SCHMIDT-RIMPLER, S. 130 ff., der den "Schutz der Zuteilungsverhältnisse" als einen Gemeinschaftswert herausstellt.

liegt die Funktion des Vertrages vornehmlich in seinem wirtschaftlichen und sozialen Aspekt für die Gesamtwirtschaft und die Gesellschaft, und folglich gilt es, wirtschaftlich wertvolle oder nützliche Verträge in ihrem Bestand zu schützen bzw. durch verstärkten Rechtsschutz auf ihre Abwicklung hinzuwirken[1].

Die damit dem Grundsatz der Vertragstreue zugewiesene Ordnungsaufgabe erfüllt reflexartig zugleich die Funktion, das subjektive Vertrauen des einzelnen Vertragspartners auf die Treue zum gegebenen Wort des anderen zu schützen[2]. Die Funktionen bedingen sich wechselseitig. Folglich kann der Vertrauensschutz auch als gleichwertige Aufgabe des Satzes pacta sunt servanda aufgefaßt werden. Er ist ein schutzwürdiger Wert, weil es jedem Teilnehmer am Rechtsverkehr möglich sein muß, durch verbindliche Rechtsverhältnisse Dispositionen für die Zukunft zu treffen.

Der Inhalt der Vertragstreue kann daher mit STEINWENTER[3] umschrieben werden als die Verpflichtung beider Partner, zum (rechtswirksam) gegebenen Wort zu stehen und pflichtgemäß nach bestem Können gemäß der abgegebenen Erklärung zu leisten und zwar grundsätzlich ohne Rücksicht auf das Verhalten des Gegners oder eine Änderung der Interessenlage nach Abschluß des Vertrages. Die Funktion des Grundsatzes liegt darin, im Falle und trotz einer Störung des Vertrages auf die Vertragserhaltung und -abwicklung hinzuwirken.

bb) Die Beachtung von Inhalt und Funktion des Grundsatzes durch das RG

Die aufgezeigten, im Grundsatz der Vertragstreue erfaßten Kräfte, hat das RG in seiner Rechtsprechung

---

1) Dies kommt auch in RGZ 76, 150, 154 a.E. deutlich zum Ausdruck. Vgl. auch STOLL, Leistungsstörungen, S. 52 f.

2) vgl. BYDLINSKI, S. 137 ff., COING, Grundsätze, S. 36 ff., 76; LARENZ, Vertrag und Unrecht, S. 24; CANARIS, Vertrauensschutz, S. 415, m.w.N. auf S. 412, FN 1.

3) S. 173, r.Sp.

zur Haupt- und Nebenleistung zur Entfaltung gebracht. Sie sind geeignet, die Reduktion des § 326 I 1, 2 vom Ergebnis her einsichtig zu machen, also einen Vertragsteil auch dann noch am Vertrage festzuhalten, wenn auf Seiten des anderen bereits eine geringfügige Leistungsstörung eingetreten ist. Der objektive Zweck der Verkehrssicherheit, wie er insbesondere in der Entscheidung RG JW 1938, 2135[1)] ausgedrückt wurde, ist von so fundamentaler Bedeutung, daß er den grundsätzlichen Ausschluß eines Rechts zur Vertragslösung wegen einer geringfügigen Störung zu rechtfertigen vermag. Die Gewährung eines Vertragslösungsrechts bei "nichtigem" Grunde würde geradezu zur Suche nach derartigen Gründen anreizen, wenn beispielsweise Vertragsreue eingetreten ist, und in der Folge würde "der Rechtsunsicherheit und Rechtsverwirrung Tür und Tor geöffnet werden". Weiterhin ist der Lehre von der ökonomisch-sozialen Funktion des Vertrages zuzugeben, daß es auch Aufgabe des Rechts sowohl im Interesse der Gemeinschaft als auch im Interesse der jeweiligen Vertragspartner ist, wirtschaftlich wertvolle oder nützliche Verträge in ihrem Bestand gegen die Willkür nur eines Vertragspartners zu schützen. Man denke nur an Verträge über lebenswichtige Versorgungsgüter (Lebensmittel, Brennstoffe). Bei derartigen Vertragsgegenständen wird besonders deutlich, daß sie im allgemeinen und individuellen Interesse Schutz davor benötigen und verdienen, daß sie aus geringfügigem Anlaß nicht zur Abwicklung gelangen.

Ebenfalls zu überzeugen vermag der Zweck, den einzelnen Vertragspartner im Vertrauen auf das gegebene Wort des anderen zu schützen. Dies bedürfte keines Nachweises, wenn der den Vertrauensschutz beanspruchende Vertragsteil keine Störung in der Vertragsabwicklung zu vertreten hätte. So liegt es in den fraglichen Fällen - der Störung einer Nebenleistungspflicht - aber gerade nicht. Der den Vertrauensschutz Beanspru-

---

1) s. oben S. 51.

chende hat vielmehr die Störung einer Nebenleistungspflicht verursacht. Gleichwohl ist das Vertrauen dieses Vertragsteils noch schutzwürdig. Denn der Vertragsgegner hat die Möglichkeit, die durch nicht ordnungsgemäße Erfüllung der Nebenleistungspflicht entstandenen Nachteile auszugleichen, indem er Schadensersatz gemäß § 286 I verlangt oder gegebenenfalls die Rechte aus Annahmeverzug geltend macht. Der Vertrag ist durch die nicht ordnungsgemäße Erfüllung der Nebenleistungspflicht nicht derart gestört, daß der Geschäftszweck - Austausch der Hauptleistungen - nicht mehr i.S.d. ursprünglichen Vereinbarung erreicht werden könnte. Die mit dem Abschluß des Vertrages verknüpften Erwartungen des Vertragsgegners können noch erfüllt werden, ohne daß ihm ein nicht wiedergutzumachender Verlust entsteht. Dann aber erscheint es gerechtfertigt, auch dem Vertragspartner, dem die Störung der Nebenleistungspflicht zuzurechnen ist, die Möglichkeit zu belassen, den Vertrag im übrigen - und das bezieht sich zumindest auf die Hauptleistung - erfüllen zu dürfen, und entsprechend die Gegenleistung verlangen zu können.

Demnach sind die Zwecke, die das RG zur Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 326 I 1,2 - und damit mittelbar der §§ 323 ff. - veranlaßt haben, einsichtig und tragfähig für eben diese Einschränkung.

2. Zur Teleologie der §§ 323 ff.

Die Reduktion der §§ 323 ff. beruht insoweit auf allgemeinen Rechtsprinzipien, und es bleibt daher zu prüfen, ob sich ein Erfordernis zur Einschränkung auch aus der ureigenen Teleologie der §§ 323 ff. selbst ergibt.

Als Ausgangspunkt für die Ermittlung der Teleologie der §§ 323 ff., und zwar unter dem hier interessierenden speziellen Aspekt, welche Rechtsfolgen im Falle der Störung nur einer Nebenleistungspflicht

zweckmäßig und angemessen sind, kommen die Regeln für die teilweise Unmöglichkeit (§§ 323 I 2. Hs., 325 I 2) und für den Verzug mit einem Teil der Leistung (§ 326 I 3) in Betracht. Diesen Regeln ist gemeinsam, daß sie gegenüber den Grundtatbeständen eine erschwerende Voraussetzung für die Geltendmachung der Vollrechte aufstellen. Der Gläubiger soll die Vollrechte - anstatt der Teilrechte[1] - nur ausüben dürfen, wenn seinerseits kein Interesse an der teilweisen Erfüllung[2] des Vertrages besteht. Ob dieses Interesse fortgefallen ist, beurteilt sich nach objektiven Gesichtspunkten[3], wobei allerdings die einschlägigen persönlichen Verhältnisse des Gläubigers zu berücksichtigen sind. Keineswegs aber kann sich der Gläubiger nach Belieben auf den Standpunkt stellen, er habe kein Interesse mehr an einer teilweisen Vertragsabwicklung. Vielmehr muß auch hier der Interessefortfall durch den Teilverzug oder die Teilunmöglichkeit (mit-)verursacht sein, und dies hat gegebenenfalls der Gläubiger zu beweisen.

Die dargestellte Regelung greift ein, wenn ein Teil der (Haupt-)Leistung unmöglich geworden oder verzögert worden ist[4]. Daraus ergibt sich das argumentum a fortiori, daß eine entsprechende Regelung - nämlich eine erschwerende Voraussetzung - erst recht gelten muß, wenn die Hauptleistung überhaupt nicht betroffen ist, d.h. noch störungsfrei erfüllbar ist, sondern nur eine vom Ganzen der Hauptlei-

---

1) Teilrücktritt sowie Schadensersatz wegen des nicht erbrachten Teils der Leistung sowie die entsprechenden Rechte aus § 323.

2) das bezieht sich bei Teilunmöglichkeit auf den noch zu bewirkenden, möglichen Leistungsteil, beim Teilverzug auf den bereits bewirkten Leistungsteil. Vgl. STAUDINGER-KADUK, § 326, RNr. 159.

3) vgl. statt vieler - auch für die folgenden Ausführungen zum Interessefortfall - STAUDINGER-KADUK, § 326, RNr. 172, § 325, RNr. 89 f., 95; ERMAN-BATTES, § 325, RNr. 44, § 280 RNr. 6.

4) allg.M., vgl. nur die grundlegende, heute noch in den Kommentaren zitierte Entscheidung RGZ 50, 138.

stung unterscheidbare Nebenleistung in Rede steht. Wie eine solche erschwerende Voraussetzung für die Geltendmachung der Vollrechte aus den §§ 323 ff. auszusehen hat, und wie weit die Erschwerung reichen kann, ist eine andere, hier noch nicht zu beantwortende Frage[1]. Es genügt vielmehr festzustellen, daß auch die Teleologie der §§ 323 ff. eine Reduktion dieser Normen für den Fall der Störung einer Nebenleistungspflicht gebieten.

Diese Feststellung wird noch bestätigt durch die - auch schon früher herangezogenen[2] - §§ 320 II, 459 I 2, 468 S. 2, 542 II, 634 III. In Fallgestaltungen, die der Störung einer Nebenleistungspflicht vergleichbar sind, bewirken diese Normen, daß wegen einer relativ geringfügigen Leistungsstörung die Durchführung des Vertrages nicht behindert (§ 320 II) oder gar - nach zumindest einseitiger Erfüllung - der Vertrag nicht wieder rückabgewickelt wird (§§ 459 I 2, 468 S. 2, 634 III). § 542 II schließt zwar das Recht des Mieters zur fristlosen Kündigung des Vertrages wegen einer unerheblichen Behinderung oder Vorenthaltung des Gebrauchs der gemieteten Sache nicht aus, knüpft dieses Recht aber an das Vorliegen "eines besonderen Interesses des Mieters"[3]. Somit zwingen alle diese Vorschriften den jeweiligen Gläubiger zu einem Festhalten am Vertrage, obwohl die ihm erbrachte Leistung - geringfügig - fehlerhaft bzw. er in seinem Gläubigerrecht - geringfügig - beeinträchtigt ist; sie muten ihm also ein weitergehendes Einstehen für das beim Vertragsschluß gegebene Wort zu, als es von dem Grundsatz der Vertragstreue, wie er allgemein verstanden wird[4], statuiert wird.

---

1) dazu unten C, S. 85 ff., insbesondere C. II. 1, S. 87 ff.
2) oben S. 42.
3) wann ein besonderes Interesse i.S.d. § 542 II vorliegt, ist Tatfrage; vgl. im einzelnen STAUDINGER-KIEFERSAUER, § 542, RNr. 26; PALANDT-PUTZO, § 542, Anm. 2 b, c.
4) vgl. oben S. 24.

3. ZWISCHENERGEBNIS:

Die bisherigen Untersuchungen haben ergeben:

Die unterschiedliche Bedeutung der einzelnen dem Geschäftszweck dienenden Leistungspflichten erfordert eine differenzierende Rechtsfolgenbestimmung im Falle ihrer Störung. Die undifferenzierte Anwendung der die Vollrechte gewährenden Normen (§§ 323 I 1. Hs., 324 I, 325 I 1, 326 I 1,2) auf alle Leistungspflichten aus gegenseitigem Vertrag ist unvereinbar mit übergeordneten Rechtsgrundsätzen und der Teleologie der §§ 323 ff. selbst. Eine Einschränkung der Grundtatbestände mit dem Ziel, die sog. Nebenleistungen aus ihrem Anwendungsbereich auszuklammern, ist geboten. Insoweit ist dem RG hinsichtlich seiner Rechtsprechung zur Haupt- und Nebenleistung zu folgen.

IV. Ist dem RG im methodischen Vorgehen (Rechtsfindung praeter legem) zu folgen? - Vorrang der Gesetzesauslegung gegenüber der Rechtsfortbildung -

Jede Rechtsfindung praeter legem setzt eine Gesetzeslücke voraus[1]. Die teleologische Reduktion ist eine Art der Rechtsfindung praeter legem[2]. Also ist auch das Vorgehen des RG, das - wie oben gezeigt[3] - teleologische Reduktion betrieben hat, nur zulässig, wenn die §§ 323 ff. eine (verdeckte Regelungs-)Lücke enthalten. Das bedeutet negativ ausgedrückt, daß eine Auslegung (i.e.S.) der §§ 323 ff., die die gebotene Einschränkung dieser Normen zu bewirken vermag, nicht möglich sein darf.

1. Enge Grenzen einer Interpretation des Ausdrucks Leistung in den §§ 323 ff.

Die Darstellung des methodischen Vorgehens des RG hat bereits ergeben, daß die Deutung des in den §§ 323 ff.

---

1) Nachweise FN 3, S.18.
2) wohl allg.M.; vgl. statt vieler LARENZ, Methodenlehre, S. 350 ff., 369 ff.
3) S. 28 ff, 34 f.

verwandten Ausdrucks Leistung als Hauptleistung weder dem allgemeinen Sprachgebrauch noch dem speziellen Sprachgebrauch des Gesetzes entspricht. Die Deutung Hauptleistung überschreitet den möglichen Wortsinn. Das gilt ebenfalls für die weiteren schon genannten[1] Möglichkeiten einer näheren Bestimmung der "Leistung" in den §§ 323 ff., den Begriffspaaren Gesamtleistung/Einzelleistung und vertragstypische/nichtvertragstypische Leistung. Denn auch diese denkbaren Kriterien würden den Ausdruck Leistung nur dadurch näher bestimmen, daß ihm etwas hinzugefügt wird, was aus dem Wortlaut und der Syntax der fraglichen Normen nicht mehr zu ermitteln ist.

2. Das Abgrenzungsproblem nicht treffende Interpretationsmöglichkeiten

Auslegungsfähig und -bedürftig ist der Ausdruck Leistung aber unter den folgenden zwei Aspekten:

Zum einen enthält der Ausdruck Leistung - schon sprachlich bedingt - ein erfolgsbezogenes und ein verhaltensbezogenes Element[2]. Das erfolgsbezogene Element ist orientiert an der Verwirklichung des Gläubigerinteresses, das verhaltensbezogene an der obligationsgemäßen Leistungshandlung des Schuldners. Beide Elemente können bekanntlich getrennte Wege gehen, d.h. das Gläubigerinteresse kann verwirklicht werden, ohne daß der Schuldner pflichtgemäß gehandelt hat, und umgekehrt führt die pflichtgemäße Leistungshandlung nicht notwendig zur Verwirklichung des Gläubigerinteresses. Hieraus folgt die überragende Bedeutung dieses Auslegungsproblems für die Frage, wann der Schuldner von seiner Verbindlichkeit frei wird. Auf die Beantwortung dieser Frage beschränkt sich aber auch die Aussagekraft des jeweiligen Auslegungsergebnisses. Hiermit hat die Abgrenzung der §§ 323 ff. zu den §§ 280 ff. nichts zu tun. Denn

---

1) S. 30,
2) Grundlegend hierzu WIEACKER, Leistungshandlung, passim.

beide Normenkomplexe setzen tatbestandlich voraus, daß der Schuldner für eine bestimmte Leistungsstörung einzustehen hat, mag diese in der Erfolgsbewirkung oder im Leistungsverhalten begründet sein. Die Klärung des Leistungsbegriffs in den §§ 323 ff. unter dem Aspekt erfolgsbezogen - verhaltensbezogen vermag daher zur Lösung des hier behandelten Problems nichts beizutragen und bedarf folglich keiner weiteren Erörterung.

Dies gilt ebenfalls für den zweiten Aspekt, unter dem die Auslegung des Leistungsbegriffs umstritten ist: ob nämlich die Nebenpflichten[1] Teil der (Gesamt-) Leistung sind oder ob sie in prinzipiellem Gegensatz zu auf bestimmte Gegenstände bezogene Leistungspflichten stehen. HIMMELSCHEIN[2] hat mit der Annahme eines extrem weiten Gesamtleistungsbegriffs - wonach Leistung die gesamte Schuldnerpflicht bedeutet, "welche durch den Gegenstand (qualitativ und quantitativ gemeint), durch Ort und Zeit näher bestimmt ist"[3] -, die Entbehrlichkeit der Lehre von der positiven Vertragsverletzung nachzuweisen versucht. Doch würde die Entscheidung dieser Streitfrage zur Lösung des Abgrenzungsproblems nicht beitragen. Denn die hier versuchte Abgrenzung der §§ 323 ff. von den §§ 280 ff. geht von gegenständlichen Leistungen aus, gleich ob diese nun von ganz geringer oder von wesentlicher Bedeutung sind.

3. Leistung in den §§ 323 ff. als synallagmatische Leistung

Eine Auslegung des Tatbestandsmerkmals Leistung in den §§ 323 ff. kommt aber in Betracht in Hinblick auf das kontradiktorische Begriffspaar synallagmatische und nichtsynallagmatische Leistung. Die "Leistung" könnte als "synallagmatische Leistung" zu interpre-

---

1) zum terminus s. unten S. 112 ff.
2) AcP 135, 255 ff. und AcP 158, 273 ff.; dazu ausführlich zuletzt JAKOBS, S. 17 ff.; s. auch unten S. 99 ff.
3) AcP 158, 285.

tieren sein, so daß alle nichtsynallagmatischen Leistungen aus gegenseitigem Vertrag aus dem Anwendungsbereich der §§ 323 ff herausfielen. Diese Unterscheidung ist, wie nachzuweisen sein wird, in der Tat vorzunehmen. Allerdings erfordert auch diese Deutung der "Leistung", daß der Ausdruck mit einem determinierenden Attribut versehen wird, welches dem Wortlaut und der Syntax nicht zu entnehmen ist. Doch könnte der Vorgang gleichwohl als Auslegung i.e.S. zu qualifizieren sein, weil die Funktion der §§ 323 ff im Recht der Leistungsstörung für ein derartiges Verständnis spricht, und die Funktion eines Normenkomplexes sehr wohl auch ein Kriterium der Gesetzesauslegung darstellt.

a) Die Funktion der §§ 323 ff

Die Funktion der §§ 323 (320) ff liegt bekanntlich darin, der besonders engen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung im gegenseitigen Vertrag hinsichtlich des Fortbestandes der Forderungen und ihrer Geltendmachung Rechnung zu tragen[1]. Der jeweilige Vertragspartner verspricht seine Leistung nur, um die Gegenleistung zu erhalten bzw. um den Vertragspartner zum Versprechen der Gegenleistung zu bewegen[2]. Dies drückt das Prinzip "do ut des" aus. Ihm allein, seiner Bedeutung im Stadium der Vertragsabwicklung, verdanken die §§ 323 (320) ff ihre Existenzberechtigung. Daraus folgt, daß sie nur zweckgerecht angewandt werden können, wenn überhaupt eine synallagmatische Leistungspflicht in Rede steht. Nicht jede Leistungspflicht aus synallagmatischem Vertrag ist aber allein deshalb, weil sie aus einem gegenseitigen Vertrag hervorgeht, auch synallagmatischer Natur oder m.a.W. in die synallagmatische Leistungsverknüpfung einbezogen. Doch ist diese Aus-

---

1) Nachweise FN 2, S. 15.
2) LARENZ, SchR I, § 15, S. 152 ff; vergleichbare Formulierungen finden sich im gesamten Schrifttum des Schuldrechts; s. dazu den umfassenden Nachweis bei SCHMIDT-RIMPLER Gegenseitigkeit, S. 56, FN 8.

sage nicht selbstverständlich und auch nicht ganz unbestritten[1]. Da von ihr Sinn und Zweck der weiteren Untersuchung abhängen, ist zunächst ihre Richtigkeit nachzuweisen.

b) Zum Umfang der synallagmatischen Leistungsverknüpfung

Für die Einbezogenheit aller Leistungspflichten aus gegenseitigem Vertrag in das Austauschverhältnis spricht die Figur des genetischen Synallagmas. Hierunter versteht man die Verknüpfung der beiderseitigen Pflichten im Entstehungszeitpunkt derart, daß die eine Verbindlichkeit nur entsteht, wenn auch die andere wirksam begründet wird und umgekehrt[2]. Dieses genetische Synallagma soll nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht "vollkommen" sein[3], also die Leistungspflicht jeder Partei in allen unterscheidbaren Einzelleistungspflichten erfassen. Demgegenüber ist die synallagmatische Leistungsverknüpfung der Verpflichtungen in ihrer Geltendmachung, Fortbestand und Erfüllung - sog. funktionelles Synallagma[4][5] - nicht so umfassend. Es ist vielmehr fast

---

1) so sind nach KRÖGER (S. 17) alle Nebenleistungen in das genetische und funktionelle Synallagma einbezogen.

2) vgl. MEDICUS, § 12 II 1, S. 90; BLOMEYER, § 21 III 1, S. 106; STAUDINGER-KADUK, Vorbem. 4 vor § 320; ENNECCERUS-LEHMANN, § 32 III 1, S. 139; ESSER, § 16 1, S. 103; LARENZ, § 15, S. 153; FIKENTSCHER, § 10 II 4, S. 39; PALANDT-HEINRICHS, Einf. v. § 320 Anm. 2 a; ERMAN-BATTES, vor § 320, RNr. 13.

3) so ENNECCERUS-LEHMANN, § 32 III 3, S. 140; STAUDINGER-KADUK, Vorbem. 4 a vor § 320; SCHULZE, S. 20; KRÖGER, S. 16 f; - anscheinend auch PALANDT-HEINRICHS, Einf. vor § 320, Anm. 2 a ("völlig"); ebenso ERMANN-BATTES, vor § 320, RNr. 13,14.

4) vgl. die Nachweise unter FN 3.

5) Vereinzelt wird im Schrifttum noch eine dritte Kategorie des "konditionellen Synallagmas" gebildet; vgl. PALANDT-HEINRICHS, Einf. vor § 320, Anm. 2 c; darunter wird die Abhängigkeit der gegenseitigen Verpflichtungen bei den Leistungsstörungen verstanden, während das funktionelle Synallagma nur die Leistungsverknüpfung kennzeichnen soll, nach der jede der beiderseitigen Verpflichtungen

allgemein anerkannt[1], daß es Leistungspflichten aus synallagmatischem Vertrag gibt, die nicht im funktionellen Austauschverhältnis stehen. Damit stellt sich aber die Frage, ob eine einmal in das (genetische) Synallagma einbezogene Leistungspflicht aus diesem wieder herausgelöst werden kann, was bei der Prämisse eines vollkommen genetischen Synallagmas Voraussetzung für die Nichteinbezogenheit in das funktionelle Synallagma wäre. Die Frage ist zu verneinen.

Soweit überhaupt auf den angeblich verschiedenen Umfang des genetischen Synallagmas einerseits und des funktionellen andererseits eingegangen wird, findet sich zur Erklärung dieses Phänomens nur die Behauptung, die Feststellung des Umfangs der beiden Leistungsverknüpfungen unterliege unterschiedlichen Betrachtungsweisen[2]: Das genetische Synallagma beziehe sich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, in ihm vollziehe und erschöpfe es sich zugleich; das funktionelle Synallagma trete dagegen erst bei der Erfüllung der gegenseitigen Pflichten in Erscheinung und sei daher allein unter dem Aspekt der Wechselwirkung der Leistungspflichten im Abwicklungsstadium zu beurteilen. Aufgrund dieser jeweils isolierten Betrachtungsweise soll eine Inkongruenz von genetischem und funktionellem Synallagma möglich sein.

Diese Argumentation verkennt jedoch, daß die synallagmatische Leistungsverknüpfung die rechtserhebliche

---

nur geltend gemacht werden kann, wenn die andere Leistung bewirkt wird. Diese Differenzierung ist jedoch ohne irgendeine praktische Relevanz und wird daher hier außer acht gelassen.

1) vgl. FIKENTSCHER, § 10 II 4 f, S. 40; ENNECCERUS-LEHMANN, § 32 III 3, S. 140 und § 33 II 2, S. 142; STAUDINGER-KADUK, Vorbem. 5 und 14 vor § 320, sowie Vorbem. 20; LARENZ, § 15, S. 153; MEDICUS, § 12, S. 88; BLOMEYER, § 21 IV, S. 107; RGRK-WILDE, Vor § 320, Anm. 6; PALANDT-HEINRICHS, Einf. vor § 320, Anm. 1 c cc; HECK, § 42, 13., S. 130; SCHULZE, S.25, 26; RGZ 108, 137; a.A. wohl nur KRÖGER, S. 17.

2) so zuerst BECHMANN, S. 541 ff., der die Lehre vom genetischen Synallagma begründet hat; vgl. ferner ENNECCERUS-LEHMANN, § 32 III 3, S. 140; STAUDINGER-KADUK, Vorbem. 5 vor § 320, sieht die Inkongruenz, erklärt sie aber nicht.

Ausgestaltung des Motivationsverhältnisses i.S.d. "do ut des" darstellt[1]. Jede Partei verpflichtet sich zu ihrer Leistung, um dadurch die andere zur Gegenleistung zu verpflichten[2]. Dieser typische Parteiwille[3] wird verbindlich, sobald der Vertrag geschlossen ist. Damit ist die von den Parteien gewollte finale Gegenseitigkeitsbindung[4] im Zeitpunkt des Vertragsschlusses fixiert und zwar auch für das gesamte Abwicklungsstadium. Diese gewollte Gegenseitigkeitsbindung ist das einzige Kriterium sowohl für das genetische als auch für das funktionelle Synallagma. Folglich müssen beide Leistungsverknüpfungen stets kongruent sein. Zwar mag sich das Motivationsverhältnis bzw. der Wille einer Partei in bezug auf die auszutauschenden Leistungen nach Vertragsschluß ändern, aber eine solche Änderung ist rechtlich irrelevant, weil allein die getroffene Vereinbarung Gültigkeit beanspruchen kann.

Aus dieser zwangsläufig[5] gegebenen Kongruenz von genetischem und funktionellem Synallagma folgt, daß eine in das erstere einbezogene Leistungspflicht auch in das letztere eingeschlossen ist und umgekehrt. Ebenso verhält es sich im verneinenden Sinne: eine nicht in das erstere einbezogene Leistungspflicht ist auch nicht im letzteren verhaftet und umgekehrt.

---

1) FIKENTSCHER, § 10 II 4, S. 38.
2) LARENZ, § 15, S. 152, SchR I.
3) in ihm liegt der materielle Grund der Gegenseitigkeitsbindung, vgl. BGHZ 15, 102, 105 m.w.N.; RGRK-WILDE, Vor § 320, Anm. 3; ERMAN-BATTES, Vor § 320, Anm. 3; so auch schon HERHOLZ, S. 265; wohl a.A. KIRN, S. 325, r.Sp.; vgl. auch SCHMIDT-RIMPLER, S. 59 ff.
4) ESSER, § 16 1, S. 103.
5) Eine Ausnahme liegt nicht etwa vor, wenn nach Vertragsschluß das Gegenseitigkeitsverhältnis einvernehmlich neu bestimmt wird, z.B. eine bisher vom Austauschverhältnis erfaßte Leistungspflicht aus diesem herausgenommen wird. Dann sind zwar das (ursprüngliche) genetische Synallagma und das nun geltende funktionelle nicht kongruent. Es ist aber in der Abänderungsvereinbarung ein neues genetisches Synallagma zu sehen, das mit dem nun geltenden funktionellen sehr wohl übereinstimmt.

Geht man nun einmal davon aus, daß die schon erwähnte Meinung richtig ist, wonach es in das funktionelle Synallagma nicht einbezogene Leistungspflichten aus gegenseitigem Vertrag gibt[1] - die nach der hier vertretenen Auffassung also auch nicht im genetischen Synallagma stehen -, so stellt sich der Einwand ein, derartige Leistungspflichten wären dann bei ihrer Begründung unabhängig davon, daß auch die Leistungspflicht des Vertragsgegners entsteht. Dieser Einwand ist jedoch zu entkräften mit dem Hinweis auf den grundlegenden Unterschied zwischen der synallagmatischen Leistungsverknüpfung und der Leistungsverknüpfung i.S.d. allgemeinen genetischen Abhängigkeit der beidseitigen Verpflichtungen, wie sie jedem Vertrag zu eigen ist.

Eine genetische Abhängigkeit derart, daß die eine Leistungspflicht nur entsteht, wenn auch die andere entsteht, ist nämlich kein Charakteristikum gerade des synallagmatischen Vertrages. Vielmehr läßt beispielsweise auch bei sog. unvollkommen zweiseitigen Verträgen[2] die Nichtigkeit der einen Verpflichtung zur Leistung - gleich worauf diese Nichtigkeit beruht[3] - die Verpflichtung des Vertragsgegners ins Leere stoßen, auch wenn dessen Willenserklärung wirksam ist, weil kein Vertrag zustande kommt. Das ist die Folge des in § 305 allgemein verankerten Prinzips, wonach zur Begründung eines Schuldverhältnisses grundsätzlich ein Vertrag erforderlich ist[4]. Diese genetische Abhängigkeit, von der das genetische Synallagma scharf zu unterscheiden ist, ist eine

---

1) s. S. 62, FN 1,

2) vgl. zu den Einteilungen der Schuldverträge ENNECCERUS-LEHMANN, § 32 I, S. 138, 139; unvollkommen zweiseitige Verträge sind z.B. Auftrag, Leihe und unentgeltliche Verwahrung.

3) sei es auf subjektiven Mängeln wie der fehlenden Geschäftsfähigkeit oder objektiven Mängeln wie beispielsweise Sittenwidrigkeit (§ 138 I) oder Unmöglichkeit der Leistung (§ 306).

4) Darauf hat HOENIGER, S. 226, schon 1910 hingewiesen. RITTNER, S. 221, 233 f. argumentiert in gleicher Weise. Ebenso SCHMIDT-RIMPLER, S. 58.

vollkommene. Sie ist eine grundlegende Leistungsverknüpfung auch beim synallagmatischen Vertrag. Hinzu kommt beim Austauschvertrag die finale Gegenseitigkeitsbindung i.S.d. "do ut des". Die erstere Leistungsverknüpfung ist juristisch-konstruktiver Natur ohne ein voluntatives Element, der die Funktion zukommt, die anfängliche Verfehlung der Vertragscausa im Sinne beidseitiger Bindung zu verhindern. Damit sichert sie zugleich bei gegenseitigen Verträgen die Austausch-causa[1]. Zu diesem Zweck - der Sicherung der Austausch-causa - bedarf es also nicht der weiteren Leistungsverknüpfung eines genetischen Synallagmas, das sich insoweit - wie MEDICUS zu Recht bemerkt[2] - als unnötig erweist. Dessen Bedeutung liegt vielmehr darin, daß das Motivationsverhältnis "do ut des" in den Vertrag eingeht und so für die Vertragsabwicklung rechtserheblich werden kann. Das genetische Synallagma als die bei Vertragsschluß gewollte finale Gegenseitigkeitsbindung erweist sich demnach als ein notwendiges[3] Tatbestandselement des gegenseitigen Vertrages.

Daß die im Schrifttum weitestgehend zu findende Gleichsetzung[4] von genetischer Abhängigkeit im dargelegten Sinne und genetischem Synallagma unrichtig ist, zeigt sich auch an der Nichtaustauschbarkeit der beiden Leistungsverknüpfungen: Selbst wenn in jedem genetischen Synallagma die genetische Abhängigkeit enthalten wäre, so wäre eine solche Aussage doch offensichtlich nicht umkehrbar, was sie aber im Falle der Identität sein müßte. Zudem enthält auch der Begriff Synallagma, obwohl vieldeutig - Austausch,

---

1) vgl. ESSER, § 4 II 1, S. 18; MEDICUS, § 12 II 1, S. 90.
2) § 12 II 1, S. 90; vgl. auch die eingehende Untersuchung von RITTNER, der die Figur des genetischen Synallagmas für entbehrlich hält.
3) Insofern ist es - entgegen MEDICUS und RITTNER, aaO - bedeutsam und notwendig.
4) vgl. die umfassenden Nachweise bei RITTNER, S. 214, FN 2 a.

Verkehr, Handel, Vertrag[1] -, kein Element im Sinne der allgemeinen vertraglichen Leistungsverknüpfung sondern nur im Sinne des "do ut des" Gedankens, wie er in der Bedeutung "Austausch" zum Ausdruck gelangt.

Es ist somit der Weg frei, die Frage der Einbezogenheit einer Leistungspflicht in das - genetische und funktionelle - Synallagma allein nach den Gegebenheiten des Motivationsverhältnisses "do ut des" zu beurteilen. Daß die Parteien in dieses Motivationsverhältnis nicht jede Leistung aus gegenseitigem Vertrag einbeziehen (wollen), liegt auf der Hand. So werden üblicherweise nicht "ausgetauscht" die Rückgabeleistungen aus Überlassungsverträgen i.w.S.[2]: die Rückgabeleistung des Mieters aus § 556 I; die des Pächters aus §§ 581 II, 556 I; die Rückzahlung des Darlehensnehmers aus verzinslichem Darlehen gemäß § 607 I; die Rückgabe des Verwahrers gemäß § 695 aus entgeltlicher Verwahrung. Für diese Leistungspflichten ist denn auch allgemein anerkannt[3], daß sie nicht ins funktionelle Synallagma einbezogen sind; die obigen Ausführungen haben gezeigt, daß sie folglich auch nicht vom genetischen Synallagma erfaßt sind. Mit welcher Leistung des Vermieters sollte auch die Rückgabeleistung des Mieters "ausgetauscht" werden? Den Gebrauch der Sache gewährt der Vermieter im Austausch für die Miete. Es bliebe also als Gegenleistung für die Rückgabe regelmäßig nur die erstmalige Besitzeinräumung. Das aber ist gerade ein Kernstück der Pflicht zur Gebrauchsüberlassung. Zudem wäre, wollte man die Pflicht zur Besitzeinräumung und der Rückgabepflicht Austauschcharakter zusprechen, beispielsweise auch die Leihe ein synallagmatischer

---

1) ENNECCERUS-LEHMANN, § 32 II, FN 2, S. 139; ausführlich zum historischen Bedeutungswandel SCHULZE, S. 17 ff.
2) s. schon oben S. 16.
3) s. die Nachweise unter FN 1, S. 62; insbesondere LARENZ, aaO; STAUDINGER-KADUK, aaO, RNr. 14, 20; BLOMEYER, aaO; RGRK-WILDE, § 320, Anm. 4; SCHULZE, aaO.

Vertrag, ein Ergebnis, das von niemandem vertreten wird. - Weitere vom Vertragstypus her - Überlassungsverträge i.w.S. - charakteristischerweise nichtsynallagmatische Leistungspflichten aus synallagmatischem Vertrag sind beispielsweise die Aufwendungs- und Verwendungsersatzansprüche sowie das Wegnahmerecht des Mieters (§§ 541 a II 2, 547 I, 547 a I).

Neben diesen Leistungspflichten, die typischerweise aufgrund der Besonderheit der Vertragsart schon nichtsynallagmatisch sind, gibt es aber auch Leistungspflichten aus gegenseitigem Vertrag, die nur im Einzelfall in das Austauschverhältnis einbezogen oder nicht einbezogen sind. Paradigma hierfür ist die Pflicht des Käufers zur Abnahme der Kaufsache gemäß § 433 II. Regelmäßig werden beim Kauf das Eigentum und der Besitz am Kaufgegenstand gegen den Kaufpreis ausgetauscht. Für die in der Abnahme der Kaufsache liegende zusätzliche Leistung des Käufers wird der Verkäufer in aller Regel keinerlei Gegenleistung erbringen. Denn die Abnahme liegt meist im ureigensten Interesse des Käufers. Er schließt den Kaufvertrag gerade deshalb, um die tatsächliche und rechtliche Verfügungsgewalt an dem Kaufobjekt zu erlangen. Das kann aber regelmäßig nur geschehen, wenn er die Sache abnimmt. Bei einer derartigen Interessenlage wäre es offenkundig lebensfremd anzunehmen, der Verkäufer würde eine Gegenleistung - und sei sie nur inbegriffen in seine Leistungspflicht zur Übereignung und Übergabe - für die Abnahme erbringen (wollen).

Die Interessenlage liegt aber dann beispielsweise anders, wenn der Verkäufer sich von der Sache trennen will, um sich - vor allem auch -von ihr zu befreien, wie beim Verkauf von Materialien auf Abbruch. In derartigen Fällen honoriert der Verkäufer meist die Abnahmeleistung des Käufers durch einen entsprechend niedrigen Ansatz des Kaufpreises. Die subjektive Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung, d.h. daß jede Partei in der Leistung der anderen ein hinreichen-

des Entgelt für ihre eigene Leistung erblickt[1], bezieht dann einerseits die Abnahmeleistung und andererseits die Ermäßigung des Kaufpreises ein. Sodann sind die Leistungen des Käufers - Kaufpreiszahlung und Abnahme - und des Verkäufers - Übereignung und Übergabe zu einem ermäßigten Preis - für die Parteien wirtschaftlich äquivalent. In derartigen Fällen ist also die Abnahmeleistung eine synallagmatische.

Als Ergebnis ist demnach festzustellen, daß aus synallagmatischem Vertrag nicht in das Synallagma einbezogene Leistungspflichten entstehen können.

c) Die Deutung "synallagmatische Leistung" beruht auf Rechtsfindung secundum legem

Dann kann es aufgrund der unter a)[2] aufgezeigten Funktion der §§ 323 ff. keinen Zweifel mehr an der ausschließlichen Anwendbarkeit dieser Normen auf synallagmatische Leistungspflichten geben. Für einen bestimmten Bereich von Leistungspflichten, den Rückgabepflichten aus Überlassungsverträgen, ist das ja auch kaum je verkannt worden. Hier war die Nichteinbezogenheit in das Austauschverhältnis wegen der Eigenart dieser Verträge eben evident. Wo aber eine vergleichbare Evidenz fehlte, ist das Kriterium synallagmatisch/nichtsynallagmatisch übersehen worden oder es wurde - unausgesprochen - eine Vermutung für die Einbezogenheit der jeweiligen Leistungspflicht in das Synallagma angenommen. Wohl nur so ist auch die Entscheidung des RG im 53. Bande zu erklären.

Fraglich ist demnach nur noch, ob die Unterscheidung synallagmatisch/nichtsynallagmatisch auf Gesetzesauslegung beruht oder doch auf Rechtsfindung praeter legem. Die Funktion der §§ 323 ff. läßt eine Auslegung

---

1) s. LARENZ, SchR I, § 15, S. 153; STAUDINGER-KADUK, Vorbem. 6 vor § 320; RGRK-WILDE, vor § 320, Anm. 3,
2) S. 60.

im fraglichen Sinne zwar denkbar erscheinen. Aber die Funktion einer Norm oder eines Normenkomplexes ist gleichermaßen Kriterium auch der Rechtsfortbildung. Das entscheidende Abgrenzungskriterium zwischen Rechtsfindung secundum legem und Rechtsfindung praeter legem wird im "möglichen Wortsinn" gesehen[1]. Was noch mit dem Sinn des Wortes "Leistung" zu vereinbaren ist - "möglich" ist, erscheint gerade hier zweifelhaft.

Zwei hervorstechende Umstände können jedoch berücksichtigt werden, die den Ausschlag geben für die Annahme bloßer Gesetzesauslegung. Zum einen die seit langem weit verbreitete Auffassung, daß jedenfalls die Rückgabepflichten aus synallagmatischem Vertrag nicht Leistungspflichten i.S.d. §§ 323 ff. sind, weil sie nicht synallagmatisch sind. Insofern ist der Ausdruck Leistung also seit eh und je als "synallagmatische Leistung" verstanden worden, und zwar - was der entscheidende Gesichtspunkt ist - aufgrund einer verständigen Betrachtung der §§ 323 ff., wie sie sich dem "Kundigen" darbieten[2]. Besondere Probleme hat die Erkenntnis, daß in den §§ 323 ff. nur synallagmatische Leistungen gemeint sind, für diesen Bereich nicht hervorgerufen und besondere Erörterungen sind dieser Erkenntnis auch nicht vorangegangen. Ist aber die Auffassung von der Bedeutung des Ausdrucks "Leistung" so einheitlich, und ist auch dieser einheitlichen Auffassung kein Meinungsstreit vorausgegangen, so kann eine Gesetzeslücke in diesem Punkt nicht angenommen werden. Die Ansicht, die Deutung der Leistung als synallagmatische Leistung beruhe auf Rechtsfindung praeter legem, wäre geradezu befremdend und unverständlich.

---

1) s. FN 3, S. 18.
2) LARENZ, Methodenlehre, S. 292: "Für die Auslegung, im Unterschied zur (offenen) Rechtsfortbildung, ist kennzeichnend, daß der Ausleger dem Gesetz nichts hinzufügen, sondern es nur so zu verstehen bemüht ist, wie es sich jedem 'Kundigen' darbietet."

Zum zweiten ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung[1] und ganz h.L.[2] zu § 320 ein sehr gewichtiges Argument für die Annahme bloßer Gesetzesauslegung. Für die Einrede des nichterfüllten Vertrages gemäß § 320 I 1 wird nämlich verlangt, daß die Leistung, die eine Vertragspartei zurückbehalten will, zur noch nicht bewirkten Leistung des Gegners im Gegenseitigkeitsverhältnis steht. Hier wird also das Tatbestandsmerkmal "die ihm obliegende Leistung" als "die ihm obliegende synallagmatische Leistung" verstanden. Allerdings geht diese Deutung - anders als in den §§ 325, 326 - aus dem Text des § 320 I 1 klar hervor. Denn der Leistung wird hier die "Gegenleistung" gegenübergestellt. Dieser Unterschied ist jedoch nur sprachlich bedingt. Die Regelung eines Zurückbehaltungsrechtes muß zwangsläufig die zueinander in Bezug gesetzten Objekte benennen. Das ist dagegen entbehrlich für die Regelungsinhalte der §§ 325, 326, weil die in ihnen angeordneten Rechtsfolgen Rücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages ohnehin das Schicksal sowohl der Leistung als auch der Gegenleistung bestimmen[3]. Wo aber nur das Schicksal der Gegenleistung geregelt ist, nämlich in den §§ 323, 324, wird neben der gestörten "Leistung"(spflicht) bezeichnenderweise auch die "Gegenleistung" genannt.

Schon OERTMANN[4] hat darauf hingewiesen, daß es nicht

---

1) s. z.B. RGZ 54, 123, 125; RGZ 108, 137, 138; RG SeuffA 65, 440; BGH BB 1956, 92; BGH NJW 1971, 838, 839.

2) vgl. statt vieler PALANDT-HEINRICHS, § 320 Anm.2 b; RGRK-WILDE, § 320 Anm. 4; STAUDINGER-KADUK, § 320 RNr. 1; zweifelnd und mit ausführlicher Erörterung PLANCK-SIBER, § 320 Anm. 3 b.

3) Ob der Gläubiger, der gemäß § 325 oder § 326 Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages verlangt, seine Leistung (die "Gegenleistung") noch erbringen darf, ist allerdings bestritten. Vgl. zum Streit um Differenz- und Surrogationstheorie SOERGEL-R.SCHMIDT, § 326, RNr. 31-34; ERMAN-BATTES, § 325, RNr. 12-15; ENNECCERUS-LEHMANN, § 53 IV, S. 229 ff.

4) § 326, Anm. 3 g.

angeht, den Ausdruck "Leistung" in einem geschlossenen Normenkomplex einmal als "synallagmatische Leistung" (§ 320) und ein andermal als "Hauptleistung" (§§ 323 ff., insbesondere § 326) zu interpretieren, und er hat aus diesem Grunde die Rechtsprechung des RG zur Haupt- und Nebenleistung gänzlich abgelehnt. Dieser Argumentation OERTMANNS ist jedenfalls insoweit zu folgen, als die "Leistung" in den §§ 323 ff. in konsequenter Fortsetzung der Auslegung des § 320 ebenfalls als synallagmatische Leistung auszulegen ist. Ob darüber hinaus das Erfordernis aufstellbar ist, daß für die Anwendung der §§ 323 ff. die "synallagmatische Leistung" eine "synallagmatische Hauptleistung" sein muß, ist eine zweite Frage, die noch zu prüfen sein wird.

d) Die Deutung synallagmatische Leistung bewirkt die gebotene Einschränkung der §§ 323 ff. für einen Teilbereich

Mit dem Erfordernis, daß die Leistung i.S.d. §§ 323 ff. eine synallagmatische Leistung sein muß, wird dem Gläubiger die Möglichkeit verwehrt, die Störung einer für den Vertragszweck wenig bedeutsamen nichtsynallagmatischen Leistungspflicht zum Anlaß zu nehmen, die Durchführung des Vertrages zu verhindern oder einen bereits teilweise erfüllten Vertrag rückabzuwickeln. Denn die - im Falle der Störung nichtsynallagmatischer Leistungspflichten aus gegenseitigem Vertrag - an Stelle der §§ 323 ff. Platz greifenden §§ 280 ff. sehen nur Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit vor. Ein derartiger Anspruch bezieht sich lediglich auf die einzelne nichtsynallagmatische Leistungspflicht, läßt also alle synallagmatischen Leistungspflichten aus dem Austauschvertrage, der Rechtsgrund sowohl der nichtsynallagmatischen als auch der synallagmatischen Leistungspflichten ist, unberührt. Folglich kann die Störung einer nichtsynallagmatischen Leistungspflicht allein niemals die Nichtdurchführung oder Rückabwick-

lung des Vertrages nach sich ziehen. Insoweit wird also die gebotene Verhältnismäßigkeit von Tatbestand und Rechtsfolge durch die Voraussetzung einer synallagmatischen Leistung für die Anwendbarkeit der §§ 323 ff. erreicht.

Die Gefahr der Unverhältnismäßigkeit von Tatbestand und Rechtsfolge entsteht aber aufgrund der weitreichenden Rechtsfolgenanordnungen der §§ 323 ff. bei allen geringfügigen für den Vertragszweck wenig bedeutsamen Leistungspflichten schlechthin. Das Bedürfnis nach Einschränkung der §§ 323 ff. ergibt sich aus der Geringfügigkeit einer Leistungspflicht und nicht aus deren Qualifizierung als synallagmatisch oder nichtsynallagmatisch. Die aufgrund der Gesetzesauslegung gebotene Differenzierung von synallagmatischen und nichtsynallagmatischen Leistungen gewährleistet die Verhältnismäßigkeit von Tatbestand und Rechtsfolge daher nur dann vollständig, wenn alle geringfügigen Leistungspflichten aus gegenseitigem Vertrag zugleich nichtsynallagmatisch sind. Können jedoch geringfügige Leistungen auch in das Synallagma einbezogen sein, so ist für diese Gruppe von Leistungspflichten, die als synallagmatische Nebenleistungen zu bezeichnen wären, das Problem der Verhältnismäßigkeit von Tatbestand und Rechtsfolge noch offen; die Differenzierung synallagmatisch/nichtsynallagmatisch würde die gebotene Einschränkung der §§ 323 ff. nur teilweise bewirken.

Schon in der Einleitung[1)] ist festgestellt worden, daß die Begriffspaare Hauptleistung - Nebenleistung und synallagmatische- nichtsynallagmatische Leistung nicht jeweils das gleiche ausdrücken. Vielmehr geschieht die Einteilung im Sinne der beiden Begriffspaare nach verschiedenen Beurteilungsgesichtspunkten. Hinzuzufügen ist nunmehr, daß die Determination des Leistungsbegriffs unter beiden Einteilungsgesichtspunkten auch kumulativ erfolgen kann. Die Leistung

---

1) S. 4 f.;

läßt sich begrifflich einengen sowohl in Hinblick auf ihre wirtschaftliche Bedeutung für die Vertragsparteien wie auch in Hinblick auf ihre rechtstechnische Verknüpfung mit der Gegenleistung. Demnach sind logisch auch synallagmatische Nebenleistungen möglich (neben den drei anderen Kategorien synallagmatische Hauptleistung, nichtsynallagmatische Hauptleistung und nichtsynallagmatische Nebenleistung). Bei ihnen ist das Problem der Verhältnismäßigkeit von Tatbestand und Rechtsfolge mit der Unterscheidung in synallagmatische und nichtsynallagmatische Leistungen nicht gelöst. Denn als synallagmatische Leistungspflichten unterliegen sie im Falle der Störung den §§ 323 ff, deren weitreichende Rechtsfolgen vermögen sie aber als geringfügige Leistungspflichten nicht zu rechtfertigen.

Solche synallagmatischen Nebenleistungen sind im Geschäftsverkehr häufig anzutreffen. Bei größerem Geschäftswert bildet es sogar eher die Regel, daß neben der Leistung, die in erster Linie den Zweck des Geschäfts ausmacht, weitere Leistungen von geringfügigem Wert und untergeordneter Bedeutung für das Geschäft vereinbart werden, die aber gleichwohl erkennbar und auch feststellbar auf die Höhe der Gegenleistung eingewirkt haben, so daß sie in die Austauschverknüpfung einbezogen sind[1]. Von einer regelmäßigen Berücksichtigung des Wertes der Nebenleistung bei der Kalkulation der Gegenleistung geht auch das Gesetz aus in § 507 S. 1[2]. Danach hat der Vorkaufsberechtigte für eine Nebenleistung, die er zu bewirken außerstande ist, den Geldwert zu entrichten. Dem liegt ausweislich der Gesetzesmaterialien die Annahme zugrunde, "daß der Kaufpreis ohne die Nebenleistung höher angesetzt worden wäre."[3]

---

1) Zur Frage, inwieweit synallagmatisch entgeltlich bedeutet, s. OERTMANN, Entgeltliche Rechtsgeschäfte, S. 4, 6 ff.; und unten S. 131 ff.

2) zum Begriff der Nebenleistung in § 507 s. oben S. 33.

3) MUGDAN, Protokolle, S. 796 (S. 1806); S. 795 (S. 1802); S. 759 (S. 1804).

Der Käufer aus dem Vertrag, dessen Abschluß gemäß § 504 Voraussetzung für die Ausübung des Vorkaufsrechts geworden ist, hat sich also zur Nebenleistung verpflichtet, um eine Ermäßigung des Kaufpreises zu erlangen. Ausgetauscht i.S.d. "do ut des" wird dann die Nebenleistung des Käufers gegen einen gedanklich abgrenzbaren Anteil an der typischen Hauptleistung des Verkäufers, nämlich jenen wertmäßigen Anteil, der mit dem Kaufpreis allein nach der subjektiven Werteinschätzung nicht vergütet ist. Mag auch die typische Verkäuferleistung real nicht teilbar sein, so kann sie doch wirtschaftlich und rechtlich den einzelnen heterogenen Leistungen des Käufers in ideellen Anteilen zugeordnet werden.

Ein prägnantes Beispiel für eine synallagmatische Nebenleistung - sowohl i.S.d. § 507 S. 1 als auch i.S.d. Rechtsprechung zu § 326[1] - enthält eine Entscheidung des RG im 121. Bande[2]. Der Käufer eines Grundstücks hatte sich zur persönlichen Pflege des bejahrten und daher hilfsbedürftigen Verkäufers verpflichtet. In dieser Dienstleistung sah das RG eine Nebenleistung, die - nach dem individuellen Kaufvertrag - "auch" als "Gegenleistung" zu qualifizieren war[3].

Die große Bedeutung der synallagmatischen Nebenleistung für bzw. in der Wirtschaft läßt sich anschaulich zeigen am Beispiel des Kraftfahrzeughandels, aus dessen Bereich auch schon das in der Einleitung[4] gebrachte Beispiel gewählt worden ist. Sowohl im Neuwagen- als auch im Gebrauchtwagenhandel bildet sehr häufig nicht nur das Auto den Kaufgegenstand, sondern es werden sog. Extras in den Vertrag einbezogen: Radio, Kopfstützen, Sicherheitsgurte, Fußmatten

---

1) Zur Identität des Begriffs Nebenleistung in § 507 und in der Rechtsprechung zu § 326 s. oben S. 33.
2) S. 137.
3) S. 139.
4) s. S. 6 FN 1.

u.a.m.[1]. Für diese Extras erbringt der Käufer regelmäßig eine Gegenleistung; der (Gesamt-)Kaufpreis erhöht sich entsprechend. Der Käufer erwirbt sie also aufgrund eines synallagmatischen Vertrages. Zweifelhaft könnte allenfalls sein, ob sie Gegenstand eines rechtlich eigenständigen Kaufvertrages sind und nicht, wie hier angenommen, Nebenleistungsverpflichtungen des Verkäufers aus einem einheitlichen Kaufvertrag. Doch spricht alles für die Annahme eines einheitlichen Vertrages und nichts für die Zergliederung nach Kaufgegenständen in verschiedene selbständige Verträge: Die verschiedenen Leistungsobjekte sind durch einen vom Käufer gesetzten, für den Verkäufer erkennbaren, gemeinschaftlichen Zweck verbunden, nämlich ein in bestimmter Weise ausgestattetes Fahrzeug zu erwerben. Auto und Zubehörteil(e) werden "als zusammengehörend"[2] gekauft. Mit diesem Willen korrespondiert äußerlich die Form: Es wird in der Regel nur eine Vertragsurkunde erstellt und von jedem Vertragspartner nur eine Unterschrift[3] geleistet. Die Vertragspartner wollen aber vor allem auch deshalb nicht mehrere Einzelverträge, weil diese im Falle einer Leistungsstörung unterschiedliche rechtliche Schicksale erfahren könnten. So könnte dem Käufer hinsichtlich des Kaufvertrages über das Auto wegen einer Leistungsstörung beim Verkäufer das Rücktrittsrecht zustehen, während er am Vertrag über ein Zubehörteil festgehalten werden könnte, weil diesbezüglich keine Störung eingetreten ist. Ein offenkundig für die

---

1) Das Beispiel gilt nur für solche "Extras", die als Zubehör gedacht sind und es auch werden; nicht aber für solche - gleichfalls als "Extras" bezeichneten - Gegenstände, die Bestandteil des Autos werden, wie heizbare Heckscheibe, Schiebedach u.sw.

2) § 469 S. 2; vgl. auch BGH DB 1970, 341.

3) Im Kraftfahrzeughandel ist die Schriftform für Kaufverträge aus Beweisgründen allgemein üblich geworden.

Praxis unannehmbares Ergebnis[1].

Das Beispiel der synallagmatischen Nebenleistungen in Verträgen des Kraftfahrzeughandels zeigt aber auch noch einmal deutlich, daß die Rechtsprechung zu Recht bestrebt ist, den Anwendungsbereich der §§ 323 ff. einzuschränken. Denn es widerspricht augenscheinlich dem Prinzip pacta sunt servanda und ist mit einer Rechtsausübung nach Treu und Glauben nicht in Einklang zu bringen, wenn beispielsweise der Käufer eines Autos wegen einer nicht rechtzeitig gelieferten Fußmatte (einer synallagmatischen Nebenleistung!) den Rücktritt vom ganzen Vertrag erklärt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages geltend macht. Dieser Wertungswiderspruch kann allerdings nur innerhalb des Normenkomplexes der §§ 323 ff. aufgelöst werden und nicht durch die Abgrenzung der §§ 323 ff. von den §§ 280 ff. Denn für die gestörte synallagmatische (Neben-)Leistungspflicht muß dogmatisch zwingend die Rechtsfolge den §§ 323 ff. entnommen werden, weil eben die Pflicht - obgleich unbedeutend - in das Austauschverhältnis einbezogen ist.

Als Zwischenergebnis zum methodischen Vorgehen ist demnach festzuhalten:

(1) Das Problem der Verhältnismäßigkeit von Tatbestand und Rechtsfolge bei Störung geringfügiger (Neben-)Leistungspflichten aus gegenseitigem Vertrage ist teilweise zu lösen durch Ausgrenzung der nicht-

---

1) Bei der speziellen Art der Leistungsstörung im Kaufrecht, dem Sachmangel, kann es zu derartigen Ergebnissen nicht kommen. Das Gesetz löst das Problem der Mangelhaftigkeit einer von mehreren verkauften Sachen in den §§ 469 ff. Dort ist es grundsätzlich unerheblich, ob die mehreren Sachen aufgrund eines einheitlichen Vertrages oder aufgrund mehrerer selbständiger Verträge geschuldet sind. Eine vergleichbare Regelung für die allgemeinen Leistungsstörungen Unmöglichkeit und Verzug fehlt jedoch, sofern nicht die Regeln über die Teilunmöglichkeit und den Teilverzug herangezogen werden können, was problematisch und umstritten ist. Dazu unten S. 85 ff., insbesondere S. 97 ff.

synallagmatischen Leistungspflichten aus dem Anwendungsbereich der §§ 323 ff. Insoweit ist die Rechtsprechung, die das Problem durch die Differenzierung in Haupt- und Nebenleistung zu lösen versucht, im methodischen Ansatzpunkt verfehlt. Denn sie betreibt Rechtsfortbildung, wo das gebotene Ziel durch Gesetzesauslegung zu erreichen ist.

(2) Fraglich bleibt, wie die gebotene Verhältnismäßigkeit bei Störung synallagmatischer Nebenleistungspflichten gewahrt werden kann.

4. Die Deutung synallagmatische Leistung schließt das Begriffspaar Haupt- und Nebenleistung als Kriterium der Abgrenzung der §§ 323 ff. von den §§ 280 ff. in Hinblick auf die Verschiedenartigkeit der Leistungspflichten aus gegenseitigem Vertrag aus

Die Erkenntnis, daß die Auslegung des Gesetzes dazu zwingt, zwischen synallagmatischen und nichtsynallagmatischen Leistungspflichten zu differenzieren, und daß hierdurch ein Teil der problematischen Fälle im Gesetz eine befriedigende Lösung findet, hat zur Folge, daß die Rechtsprechung zur Haupt- und Nebenleistung auch im übrigen als methodisch verfehlt abgelehnt werden muß. Zum einen ist sie vom RG als einheitliche Gesamtlösung konzipiert und angewandt worden. Daher erscheint es schon aus formalen Gründen fraglich, ob die Beibehaltung der Unterscheidung für einen "Restzweck" sinnvoll sein kann. Zum anderen aber - und das erweist sich als entscheidend - ist für die synallagmatische Nebenleistung, deren Behandlung unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit von Tatbestand und Rechtsfolge noch offen ist, in der einfachen Unterscheidung von Haupt- und Nebenleistung kein Raum. Die Zuordnung der synallagmatischen Nebenleistung zu der undifferenzierten Kategorie der Nebenleistung wäre systemwidrig, weil sie den §§ 323 ff. unterfallen muß, die Rechtsprechung die Kategorie der Nebenleistung aber pauschal den §§ 280 ff. unterstellt. Die andere denkbare Mög-

lichkeit, synallagmatische Nebenleistungen als Hauptleistungen zu behandeln, bedeutete einen logischen Widerspruch, mit dessen Hilfe die Zwecke der fraglichen Rechtsprechung im übrigen auch regelmäßig gar nicht zu erreichen wären.

a) Nichtberücksichtigung der synallagmatischen Natur einer Leistungspflicht

Indes sind beide Fehler der Rechtsprechung infolge des verfehlten Ansatzpunktes unterlaufen. So sieht der BGH[1] bei der Einordnung der Pflicht des Mieters, die Schönheitsreparaturen am Mietobjekt auszuführen[2], lediglich die Alternative, sie entweder als Hauptleistung zu qualifizieren und sie im Störungsfalle folglich den §§ 323 ff. zu unterstellen, oder als Nebenleistung mit der Konsequenz, daß im Störungsfalle die §§ 280 ff. Platz greifen. Der BGH hat die Einordnung offen gelassen[3], weil sie angeblich schwierig und tatsächlich sehr umstritten ist[4],

---

1) NJW 68, 491, 492 l.Sp.
2) Die nach dispositivem Gesetzesrecht dem Vermieter obliegende Pflicht (§ 536) wird heute ganz regelmäßig dem Mieter aufgebürdet.
3) In einer späteren Entscheidung (NJW 1973, 2211) hat er sich entschieden für die Einstufung als Hauptleistung, allerdings ohne eingehendere Erörterung.
4) Vor allem das KG hat die Pflicht (des Mieters), die Schönheitsreparaturen auszuführen, stets als Hauptleistungspflicht angesehen, vgl. z.B. JW 1934, 1428, ZMR 1963, 138, NJW 1964, 725. Dieser Ansicht folgten OLG Hamm NJW 1964, 1373; ROQUETTE, JW 1934, 1428; SCHMITZ, MDR 1966, 283, 284; STAUDINGER-KIEFERSAUER, § 535 RNr. 102 und § 536 RNr. 18 m.w.N.; PALANDT-HEINRICHS, § 326 Anm. 3 b. Abgelehnt oder zumindest in Zweifel gezogen wird jene Ansicht von ROQUETTE, Mietrecht, § 536 Anm. 44, der damit seinen früheren Standpunkt revidiert hat; CLASEN, NJW 1964, 1373; FROTZ, NJW 1963,884; PALANDT-HEINRICHS, 31. Aufl., § 326 Anm. 3 b (in den folgenden Auflagen ohne Begründung geändert); ERMAN-SCHOPP, § 536 RNr. 26; OLG Köln MDR 1971,665. Noch zweifelhafter als die Einordnung der Pflicht, für die es nach h.M. eigentlich nur zwei Möglichkeiten (Haupt- oder Nebenleistung) gibt, ist die Rechtsgrundlage für den Schadensersatzanspruch des Vermieters bei Nichtausführung der Schönheitsreparaturen durch den Mieter. So nennen z.B.

und weil er meinte, die Regeln zur positiven Forderungsverletzung heranziehen zu können. Ob diesem methodischen Vorgehen beigepflichtet werden kann[1], mag dahinstehen. Denn es ist schon die vom BGH in Betracht gezogene Alternative falsch: Die Pflicht, die Schönheitsreparaturen auszuführen, ist jedenfalls in das Synallagma des Mietvertrages einbezogen, denn sie findet Berücksichtigung bei der Kalkulation des Mietzinses[2]. Folglich muß sie den §§ 323 ff. unterstellt werden, ob sie nun als ganz wesentliche und daher Hauptleistung oder als relativ unbedeutende und daher Nebenleistung eingestuft wird. Das übersieht der BGH, er beachtet die Besonderheit der synallagmatischen Nebenleistung überhaupt nicht, wenn er ausführt, daß " eine entsprechende Anwendung des § 326 BGB nicht in Betracht kommt", "wenn man in der Übernahme der Schönheitsreparaturen keine Hauptverpflichtung des Mieters sieht". Für diesen Fall ordnet er also die - unzweifelhaft synallagmatische - Nebenleistung der undifferenzierten Kategorie der Nebenleistung zu, die von der Rechtsprechung den §§ 280 ff. unterstellt wird.

ERMAN-SCHOPP, aaO, ausdrücklich den § 284. Die Rechtsprechung des KG bezieht sich ausdrücklich auf § 326; ebenso SCHMITZ, aaO. Das OLG Köln, aaO, lehnt § 326 ausdrücklich ab und stützt seine Entscheidung auf den "rechtlichen Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung". Zu der bestehenden Unklarheit in Hinblick auf die Anspruchsgrundlage vgl. auch ROQUETTE, aaO.

1) Der Mieter, der der ihm aufgrund vertraglicher Abrede obliegenden Pflicht, die Schönheitsreparaturen auszuführen, nicht nachgekommen ist, hat einen primären Leistungsanspruch nicht erfüllt. Dann gebietet der Grundsatz der Subsidiarität der Regeln über die positive Vertragsverletzung gegenüber den gesetzlich geregelten Formen der Leistungsstörung besonders eindringlich die vorrangige Prüfung der Unmöglichkeits- und Verzugstatbestände. - Zum Grundsatz der Subsidiarität vgl. BGHZ 11, 80, 83 f.; MEDICUS, § 13 V, S. 120 und § 14 IV 1 d, S. 133; FIKENTSCHER, § 47 I 3, S. 230; BLOMEYER, § 30 I, S. 159.

2) dazu ausführlich SCHMITZ, MDR 1966, 283, 285 1.Sp.

b) Verfehlte Einordnung einer Nebenleistungspflicht, um den berechtigten Parteiinteressen gerecht zu werden

Der andere Fehler, (synallagmatische) Nebenleistungen als (synallagmatische) Hauptleistungen zu qualifizieren, ist von der Rechtsprechung dann begangen worden, wenn sie die Totalrechte aus den §§323 ff. gewähren wollte, obwohl nur eine Nebenleistungspflicht gestört war. Die unzutreffende Einordnung wurde gegebenenfalls ermöglicht und zugleich verdeckt durch die weite und ungenaue Umschreibung der Hauptleistung, die auf den Willen der Parteien oder auch nur einer Partei abstellt: es muß der einen oder anderen Partei "in hohem Grade" auf die fragliche Leistung ankommen. Doch selbst auf der Grundlage dieser weitumrissenen Bestimmung der Hauptleistung stellt so manche als Hauptleistungspflicht qualifizierte Pflicht in Wahrheit eine Nebenleistungspflicht dar.

So soll beim Verkauf eines Kraftfahrzeuges "die Aushändigung des Kraftfahrzeugbriefes in der Regel zu den Verpflichtungen des Verkäufers" gehören, "deren Nichterfüllung dem Käufer nach Maßgabe des § 326 BGB ein Recht zum Rücktritt vom Vertrage geben kann"[1]. Auf diese Pflicht kommt es den Parteien bei Vertragsschluß in der Regel jedoch nicht "in hohem Grade" an. Wenn und soweit sie Wert auf den Brief legen, betrifft das den Nachweis der Verfügungsbefugnis, früherer Rechtsverhältnisse und technischer Daten des Fahrzeuges. Die damit zugleich gekennzeichnete Funktion[2] des Briefes hat aber nichts mit der Qualifizierung der Pflicht zur Aushändigung des Briefes aufgrund des Kaufvertrages zu tun. Es sind zwei Dinge zu unterscheiden: die Funktion des Briefes im rechtsgeschäftlichen Verkehr, deren Bedeutung sich für die Vertrags-

---

1) BGH NJW 1953, 1347; vgl. auch RGRK-WILDE, § 326 Anm. 5; PALANDT-HEINRICHS, § 326 Anm. 3 b.
2) SCHLECHTRIEM, NJW 1970, 1993, 2088 ff.

partner spätestens bei Abschluß des Vertrages erschöpft, und die nachfolgende Pflicht zur Aushändigung des Briefes, die als Leistungspflicht im Verhältnis zu den sonstigen Verkäuferpflichten ganz unwesentlich ist und auch so eingeschätzt wird. Wird etwa nach Abschluß des Kaufvertrages der Brief nicht ausgehändigt, weil er beispielsweise verloren gegangen ist, so kann ohne weiteres unter Aufwendung geringer Kosten ein Ersatzbrief beschafft werden (§ 25 II StVZO). Das wird dem Käufer auch recht sein, solange nur die ihm wesentlichen Punkte, die sich regelmäßig auf die Beschaffenheit des Fahrzeuges beziehen, eingehalten werden. Dem Käufer unter derartigen Umständen die Totalrechte aus den §§ 323 ff. zu gewähren, würde das Gegenteil von dem bewirken, was die Rechtsprechung zur Haupt- und Nebenleistung bezweckt. Um diesen Zwecken erforderlichenfalls doch noch zum Erfolg zu verhelfen, - wenn z.B. ein Käufer aus Vertragstreue gestützt auf Nichterfüllung wegen Unmöglichkeit oder Verzuges der Aushändigungspflicht die Totalrechte aus §§ 325, 326 geltend macht -, wäre freilich wieder in Betracht zu ziehen,die Aushändigungspflicht im Einzelfall als Nebenleistungspflicht zu qualifizieren. Das aber würde die rechtliche Wertung der Tatsachen auf den Kopf stellen: die Regel würde zur Ausnahme, die Ausnahme zur Regel. Diese Verdrehung kommt in der Entscheidung des BGH denn auch deutlich zum Ausdruck. Ausgangspunkt des BGH für die Qualifizierung der fraglichen Pflicht als Hauptleistung ist nämlich, "daß auch eine Nebenverpflichtung als Hauptleistung i.S.d. § 326 BGB anzusehen sein kann". Das Gericht geht also von der grundsätzlichen Einordnung als Neben(leistungs)pflicht aus und nennt auch als Anspruchsgrundlage des Käufers den § 444, spricht dann aber gleichwohl aus, daß "beim Verkauf eines Kraftfahrzeuges grundsätzlich auch die Aushändigung des Kraftfahrzeugbriefes" zu den Hauptleistungen gerechnet werden muß. Die Aushändigungspflicht kann aber nicht grundsätzlich Nebenleistungs-

pflicht sein und doch grundsätzlich zu den Hauptleistungen gerechnet werden. Richtigerweise hätte der BGH dartun müssen, daß die Aushändigungspflicht ausnahmsweise Hauptleistungspflicht war, weil die Parteien in jenem Fall - bereits bei Vertragsschluß[1] - großen Wert auf sie gelegt hatten.

Das RG erachtete in einer Entscheidung[2] aus dem Jahre 1928[3] die Verpflichtung zur Erteilung eines Nummernverzeichnisses beim "Verkauf"[4] von Kuxen als Hauptleistung. Zur Begründung dessen ging es aber mit keinem Wort auf den Willen der Beteiligten bei Vertragsschluß ein, sondern stützte die Eingruppierung ausschließlich auf die "rechtliche Bedeutung", die die Erteilung des Nummernverzeichnisses objektiv für den "Käufer" hatte: "Immerhin ist aber die durch die Erteilung des Stückverzeichnisses herbeigeführte Veränderung der Lage des Auftraggebers oder Käufers nach den Anschauungen des Bankverkehrs doch von so erheblicher Bedeutung, daß die Pflicht zur Erteilung als eine sog. Hauptverpflichtung anzusehen ist, deren Verletzung die Geltendmachung der im § 326 BGB angegebenen Rechte rechtfertigt." Lag dem Sachverhalt jener Entscheidung wirklich ein einfacher Kaufvertrag zugrunde, waren also die Vorschriften des damals geltenden Depotgesetzes nicht anzuwenden[5], so oblagen

---

1) Der Parteiwille kann nur maßgeblich sein, soweit er bei Vertragsschluß zum Ausdruck gekommen ist. Der BGH argumentiert jedoch in der fraglichen Entscheidung vor allem aus dem nachvertraglichen Geschehensablauf her. Dazu unten S. 88 ff.

2) RGZ 121, 48.

3) Es galt noch das Gesetz vom 5.7.1896, betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, sowie die Verordnung über die Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 21.11.1923.

4) Nach dem mitgeteilten Sachverhalt handelte es sich um eine Einkaufskommission.

5) § 4 I des Depotgesetzes vom 5.7.1896 gab dem Kommittenten im Falle der Nichterfüllung der Pflicht des Kommissionärs zur rechtzeitigen Übersendung des Stückeverzeichnisses das Recht, das Geschäft als nicht für seine Rechnung abgeschlossen zurückzuweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen (fast inhaltsgleich mit § 25 I DepotG vom 4.2.1937). In Anbetracht dieser Rechtslage wäre der Rekurs des RG auf § 326 unver-

der Bank (Verkäuferin) gemäß § 433 I 2 als typische Leistungspflichten die Verschaffung der Rechte (Mitgliedsrecht des Gewerken) und die Übergabe der Kuxscheine (Beweisurkunden). Eine zusätzliche Pflicht zur Erteilung des Nummernverzeichnisses anzunehmen, wäre dann kaum sinnvoll gewesen, denn die Kuxscheine hätten dem Käufer alle wünschenswerten Informationen gegeben. Sinnvoll war die fragliche Pflicht aber dann, wenn dem Käufer die Kuxscheine nicht ausgehändigt werden sollten. So war es in jenem Fall des RG, die Kuxe sollten direkt ins Wertpapierdepot des Kunden genommen werden, und außerdem war der Kaufpreis gestundet worden. Aus dem ersteren Umstand ergibt sich, daß der Käufer die Informationen über seine Gewerkenrechte praktisch nur aus dem Nummernverzeichnis erhalten konnte, und daß der Verkäufer seiner Besitzverschaffungspflicht gemäß § 433 I 2 durch Übersendung des Verzeichnisses nachzukommen hatte. Eine wesentliche Bedeutung kann der fraglichen Pflicht dann nicht abgesprochen werden. Das RG bejahte aber die Pflicht nicht als eine solche aus § 433 I 2 und auch nicht als eine die Besitzverschaffung ersetzende Leistungspflicht, weil es nämlich in Hinblick auf den noch nicht gezahlten Kaufpreis die typischen Verkäuferpflichten für noch nicht durchsetzbar hielt, sondern als eine Auskunftspflicht. Deren Erfüllung versetzte den Käufer in die Lage, die "vertragsmäßige Beschaffenheit" der Kuxe zu überprüfen und festzustellen, daß der Verkäufer die Kuxe "tatsächlich angeschafft hatte und zu ihrer Leistung imstande war". Solche Prüfungsmöglichkeiten erhält ein Käufer regelmäßig erst durch Übergabe des Kaufobjekts. Die Besonderheiten des Wertpapier- und Depotgeschäfts mögen es rechtfertigen, den Zeitpunkt der Prüfungsmöglichkeit vorzuverlegen; doch genügt das allein noch nicht, um die Auskunftspflicht als Hauptlei-

---

ständlich, wenn eine Einkaufskommission vorgelegen hätte, was aber an sich dem mitgeteilten Tatbestand entspricht.

stungspflicht qualifizieren zu können. Denn Auskunftspflichten, die aus einem Kaufvertrag entspringen, sind regelmäßig unbedeutend im Verhältnis zu den typischen kaufvertraglichen Verpflichtungen. Und relativ unbedeutend war die Erteilung des Nummernverzeichnisses vor der beidseitigen Vertragsabwicklung, also als Erfüllung einer bloßen Auskunftspflicht, auch in jenem vom RG zu beurteilenden Sachverhalt. Der Käufer war insbesondere noch nicht Inhaber der Gewerkenrechte, und das RG nahm auch gar nicht an, er könne vor Kaufpreiszahlung Abtretung verlangen. Folglich benötigte der Käufer das Stückeverzeichnis auch nicht etwa, um die Gewerkenrechte ausüben zu können. Daher hätte die fragliche Auskunftspflicht gemäß der reichsgerichtlichen Dogmatik und Begriffsbestimmungen zur Haupt- und Nebenleistung nur dann als Hauptleistungspflicht qualifiziert werden können, wenn es den Parteien "in hohem Grade" auf die Auskunft angekommen wäre. Das aber war nicht der Fall. Das RG hat also zu Unrecht eine Nebenleistung als (synallagmatische) Hauptleistung behandelt[1].

---

1) Warum dies geschah, kann aus der nur zum geringen Teil veröffentlichten Entscheidung nicht entnommen werden.

C. Haupt- und Nebenleistung als Kriterium der Abgrenzung der Vollrechtstatbestände von den Teilrechtstatbeständen innerhalb der §§ 323 ff.

Es bleibt die Frage zu untersuchen, wie die vom RG mit der Rechtsprechung zur Haupt- und Nebenleistung verfolgten Zwecke bei synallagmatischen Leistungen, die wie gezeigt[1] ebenfalls von sehr unterschiedlichem Gewicht sein können, im Rahmen der §§ 323 ff. zu berücksichtigen sind. Diese Untersuchung muß wieder beim Begriff der Leistung in den §§ 323 ff. anknüpfen. Das ist auch bereits unternommen worden und zwar von jenen Autoren, welche die Lehre von der Haupt- und Nebenleistung ablehnen[2]. Deren ablehnende Haltung beruht zwar vornehmlich auf der Annahme, daß die Unterscheidung von Haupt- und Nebenleistung zu unsicher und unpraktikabel ist, um von ihr wichtige und entscheidende Rechtsfolgen abhängig zu machen[3]. Und folglich haben die Vertreter der Gegenansicht die in dieser Arbeit in den Vordergrund gerückten Aspekte - nämlich die Zwecke der Rechtsprechung und die dogmatisch-methodischen Fragen - gar nicht oder nur beiläufig beachtet. Die von den genannten Autoren entwickelte Alternative, die als Theorie der Gesamtleistung bezeichnet werden kann, ist aber rechtstechnisch einwandfrei und führt zur gebührenden Berücksichtigung des Gebots der Verhältnismäßigkeit von Tatbestand und Rechtsfolge. Sie hat im wesentlichen folgenden Inhalt:

I. Die Konzeption der (sog.) Theorie der Gesamtleistung

Vorweg ist klarzustellen, daß in der Terminologie an der Unterscheidung von Haupt- und Nebenleistung festgehalten wird. Das geschieht auch bei den meisten

---

1) insbesondere S. 73 ff.
2) vgl. S. 3 FN 1.
3) Eine Annahme, die sich in beachtlichem Umfange als zutreffend erwiesen hat. Vgl. die in dieser Arbeit unter dem Aspekt der richtigen Einordnung untersuchten Entscheidungen (S. 78 ff.) BGH NJW 1968, 491; BGH NJW 1953, 1347; RGZ 121, 48; und auf S. 90 ff. RG JW 1927, 1416; RG GRUR 1937, 1003.

Vertretern der Theorie der Gesamtleistung. Nur werden von der Unterscheidung nicht die Rechtsfolgen im Falle einer Leistungsstörung abhängig gemacht. Die Unterscheidung ist aber insofern sinnvoll, als sie für die Erörterung des dogmatischen Problems der Verhältnismäßigkeit von Tatbestand und Rechtsfolge klare und anschauliche termini liefert. Der terminus Hauptleistung[1)] kann so für alle die Leistungspflichten verwandt werden, deren jeweils isolierte Störung - ohne daß also zugleich weitere Leistungspflichten aus dem gleichen Vertrag gestört sind - die Gewährung der Totalrechte aus den §§ 323 ff. zu rechtfertigen vermag; und der terminus Nebenleistung[1)] trifft auf die Leistungspflichten zu, deren Verletzung allein die Gewährung der Vollrechte grundsätzlich nicht rechtfertigt.

Die Grundthese der Theorie der Gesamtleistung liegt darin, daß in der Nichterfüllung einer Nebenleistung die Nichterfüllung einer "Teilleistung" i.S.d. §§ 323 ff. gesehen wird. Die Nebenleistung muß demnach als ein Teil der "Leistung" i.S.d. Vollrechtstatbestände aufgefaßt werden. Daraus folgt, daß die "obliegende(n) Leistung" beispielsweise in § 326 I 1 nicht immer eine einzelne homogene Leistung ist, sondern auch - und sogar regelmäßig - aus mehreren heterogenen Leistungen bestehen kann. Daher bedeutet "Leistung" in den §§ 323 ff. die "gesamte Leistung" einer Partei. - Für den Begriff der Teilleistung hat das zur Folge, daß er sowohl den quantitativen Teil einer homogenen Leistung umschreibt als auch eine vollständige Leistung, die aber nur eine von mehreren geschuldeten Leistungen ist.

---

1) In Frage steht in diesem Abschnitt nur noch die Behandlung der synallagmatischen Haupt- und synallagmatischen Nebenleistung. Daher kann das Adjektiv "synallagmatisch" vor Haupt- und Nebenleistung weggelassen werden, um den Text zu entlasten.

II. Die Theorie der Gesamtleistung berücksichtigt hinreichend die vom RG verfolgten Zwecke

1. Das Merkmal Fortfall des Interesses an der teilweisen Vertragserfüllung in den §§ 325 I 2, 326 I 3 und seine Bedeutung

Denn werden im Falle der Störung einer Nebenleistungspflicht aus gegenseitigem Vertrag die Regeln über die Teilunmöglichkeit und den Teilverzug angewandt (§§ 323 I 2. Hs., 325 I 2,3, 326 I 3), so kann das Recht auf Rücktritt vom Vertrage oder der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages doch nur gewährt werden, wenn der Gläubiger an der teilweisen beiderseitigen Erfüllung des Vertrages kein Interesse[1] hat. Die teilweise Erfüllung, die nicht unmöglich oder verzögert worden ist, betrifft im Falle der Störung nur einer Nebenleistung die Hauptleistung. Der Gläubiger hat also gegebenenfalls darzulegen und zu beweisen[2], daß er am Austausch der Hauptleistungen und eventueller weiterer, nicht gestörter Nebenleistungen wegen[3] der Nichterfüllung der gestörten Nebenleistung kein Interesse hat. Mit diesem Erfordernis statuiert das Gesetz selbst die Schranke, die notwendig ist, um die weitgehenden Rechte aus den Vollrechtstatbeständen nur dann zur Anwendung gelangen zu lassen, wenn die besonderen Umstände eines Falles die Lösung vom Vertrage recht-

---

1) Entscheidend ist also, daß der Gläubiger kein Interesse daran hat, "die geminderte Leistung durch die geminderte Gegenleistung zu erkaufen". Nicht nötig ist, daß auch die noch mögliche Teilleistung selbst für ihn kein Interesse hat. Vgl. statt vieler PALANDT-HEINRICHS, § 325 Anm. 7 c; RGRK-WILDE, § 325 Anm. 15.

2) STAUDINGER-KADUK, § 325 RNr. 95, § 326 RNr. 202; PALANDT-HEINRICHS, § 326 Anm. 14 b.

3) Die teilweise Unmöglichkeit oder der Teilverzug muß hier die adäquate Ursache des Interessefortfalls sein. Das wird im Schrifttum vielfach nicht klar ausgesprochen, ist aber unbestritten. Eindeutig: PLANCK-SIBER, § 325 Erl. 3 f, Abs. 3; STAUDINGER-KADUK, § 325 RNr. 90, § 326 RNr. 161; ERMAN-BATTES, § 325 RNr. 44; vgl. auch RGRK-WILDE, § 325 Anm. 13 "zu c)".

fertigen. Eine Schranke, auf die der Gesetzgeber bewußt verzichtet hat für den Fall, daß das auszutauschende Leistungsobjekt nicht pflichtgemäß erbracht wird[1], die aber wieder zu errichten ist für den Fall, daß nur eine andere (Neben-)Leistung aus dem gleichen Vertrage gestört ist, und trotzdem schon die Vollrechte begehrt werden. Es wird also das Fehlen des typischen Interessenkonflikts, wie er in den Vollrechtstatbeständen gelöst ist, im Falle der Teilunmöglichkeit oder des Teilverzuges ausgeglichen mit dem Erfordernis des durch die Störung verursachten Interessefortfalls.

2. Die Ergebnisse bei Interessefortfall
- Zum Beurteilungszeitpunkt für die Einordnung einer Leistung als Haupt- oder Nebenleistung -

Ist dieses Erfordernis gegeben, dann ist auch bei Störung nur einer Nebenleistungspflicht die Ausübung der Totalrechte gerechtfertigt. Das zeigt einleuchtend jener Fall des BGH[2], in dem das Gericht die Pflicht des Kraftfahrzeugverkäufers zur Aushändigung des Kraftfahrzeugbriefes zu bestimmen bzw. die Rechtsfolgen der Nichterfüllung dieser Pflicht zu ermitteln hatte. Um den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages gemäß § 326 I 1 gewähren zu können, qualifizierte der BGH jene Pflicht als Hauptleistungspflicht und zog hierfür Umstände heran, die sich erst nach Vertragsschluß ergeben hatten: "Nach der vom Kläger (Käufer) vorgelegten Mitteilung des Landkreises ... ist der hier in Frage stehende Lkw auf Grund eines Antrages des Beklagten (Verkäufers) stillgelegt worden. Unter diesen Umständen war die Übergabe des Kfz-Briefes so wesentlich, daß sie zu den Hauptverpflichtungen des Beklagten gehörte und daß aus ihrer Nichterfüllung dem Kläger die in § 326 BGB bestimmten Rechte erwuchsen." Der genannte Umstand

---

1) vgl. oben S. 39 ff.
2) NJW 1953, 1347; vgl. die Ausführungen zu dieser Entscheidung auf S. 80.

ist aber geradezu als klassisch zu bezeichnen für einen nach Vertragsschluß infolge des Verzuges mit einer synallagmatischen Nebenleistung eingetretenen Interessewegfall i.S.d.§§ 326 I 3, 325 I 2. Ihn stattdessen zur Bestimmung der Leistungspflicht i.S.d. Unterscheidung von Haupt- und Nebenleistung heranzuziehen, ist methodisch falsch und führt in Hinblick auf ein dem Judiz nach wünschenswertes und gerecht erscheinendes Ergebnis zur Manipulierbarkeit dessen, was die Parteien bei Vertragsschluß vereinbart haben. Das geht nicht an, weil so der Parteiwille verfälscht werden kann und auch verfälscht wird. Denn für die primären Leistungspflichten der Vertragspartner kann nur das maßgebend sein, was die Parteien tatsächlich vereinbart haben und was das Gesetz für den jeweiligen Vertragstyp als naturalia negotii möglicherweise ergänzend bestimmt. Das folgt aus dem Grundsatz der Privatautonomie. Der aber wird verletzt, wenn nach Vertragsschluß eintretende Umstände herangezogen werden, um den Stellenwert einer primären Leistungspflicht im Gesamtgefüge der vertraglich übernommenen Pflichten zu verändern. Den Stellenwert oder die Relation einer Leistungspflicht zu den anderen Leistungspflichten bestimmen allein die Vertragspartner. Dazu haben sie Gelegenheit grundsätzlich bei Vertragsschluß; nachträglich aber nur dann, wenn sie Übereinstimmung erzielen. Das mißachtet der BGH, indem er mit dem dargelegten Vorgehen den Stellenwert einer Leistungspflicht einseitig zugunsten einer Partei bzw. zuungunsten der anderen Partei verändert. Dieser dogmatische Fehler wird dagegen vermieden, wenn der nach Vertragsschluß eintretende Umstand berücksichtigt wird bei der Frage des Interessefortfalls. Auf diesem Wege hätte das sicherlich richtige Ergebnis der BGH-Entscheidung einwandfrei begründet werden können. Denn die Umstände jenes Falles waren gewiß ausreichend, um den Fortfall des Interesses am beiderseitigen Austausch der Hauptleistungen infolge des Verzuges mit einer synallagmatischen Nebenleistung zu bejahen: Der

bereits an den Käufer übergebene Lkw war nicht zugelassen und konnte ohne Vorlage des Kraftfahrzeugbriefes auch nicht zugelassen werden. Der Käufer konnte also mit der bereits erhaltenen Hauptleistung überhaupt nichts anfangen, weil die Nebenleistung, die Aushändigung des Briefes, noch ausstand und der Verkäufer zur Erfüllung dieser Nebenleistungspflicht nicht bereit war.

Mit dem Anknüpfungspunkt des Interessefortfalls - am beidseitigen Austausch der Hauptleistungen infolge Verzuges mit einer synallagmatischen Nebenleistung - i.S.d. §§ 326 I 3, 325 I 2 wäre auch in zwei Entscheidungen des RG der dogmatisch richtige Weg beschritten worden. Stattdessen begründete das RG die jeweiligen Ergebnisse mit der These: "Änderung der Sachlage kann eine Hauptleistung in eine Nebenleistung und umgekehrt umwandeln"[1], der bereits oben widersprochen worden ist.

In der Entscheidung JW 1927, 1416 (1418) ging es um die unbestrittene Pflicht des Käufers zur Zahlung der Grunderwerbsteuer. Sie war bei Vertragsschluß im Verhältnis zur Kaufpreiszahlungspflicht unbedeutend und wurde daher als Nebenleistungspflicht angesehen. Den Kaufpreis zahlte der Käufer während der Inflation, die Steuer nicht. Nach der Inflation nahm die Steuerbehörde den Verkäufer auf Zahlung der Grunderwerbsteuer erfolgreich in Anspruch. Der in der neuen Währung gezahlte Steuerbetrag kam aber nun dem während der Inflation gezahlten Kaufpreis wertmäßig fast gleich. Der Verkäufer erklärte den Rücktritt vom Vertrag. Das RG zeigte sich geneigt[2], den Rücktritt als berechtigt anzuerkennen mit der Begründung, die Übernahme der Steuerzahlungspflicht könne sich infolge

---

1) sogar im Leitsatz der Entscheidung GRUR 1937,1003.
2) die wirtschaftliche Relation zwischen Kaufpreis und Grunderwerbsteuer war nicht ganz eindeutig geklärt, weshalb das RG an die Vorinstanz zurückverwies.

der Inflationswirkungen von einer Nebenleistungspflicht in eine Hauptleistungspflicht verwandelt haben. - Diese Argumentation überzeugt nicht, weil sie den von den Parteien bestimmten Stellenwert der fraglichen Leistungspflicht nicht als bindend betrachtet. Sie negiert insoweit die von der Privatautonomie den Parteien eingeräumte Dispositionsbefugnis. Das geschieht auch noch überflüssigerweise. Denn das Merkmal des Interessefortfalls in den §§ 326 I 3, 325 I 2 ist gerade dafür da, die Berücksichtigung nach Vertragsschluß eintretender Umstände zu ermöglichen. Hier geschieht das ohne Verstoß gegen den Grundsatz der Privatautonomie; denn während die Bestimmung des Stellenwerts einer Leistungspflicht im Gesamtgefüge der vertraglichen Verpflichtungen einer Partei Inhalt der rechtsgeschäftlichen Regelung und damit der privatautonomen Gestaltung ist, liegt die Frage der Rechtsfolge einer Leistungsstörung auf der Ebene der gesetzlichen Regelung[1].

Nach dem Sachverhalt der RG-Entscheidung in GRUR 1937, 1003 hatte sich ein Lizenznehmer verpflichtet, dem Lizenzgeber Kopien von Rechnungen und Auftragsbestätigungen zu erteilen, die den Verkauf von unter Verwendung des Patents hergestellten Waren betrafen. Von jedem Rechnungsbetrag sollte der Lizenzgeber eine prozentual bestimmte Lizenzvergütung erhalten. Er konnte daher mittels der Rechnungskopien, Auftragsbestätigungen und Abrechnungen die ihm zustehenden Vergütungen errechnen und kontrollieren. Nachdem diese Unterlagen für eine gewisse Zeit ausgeblieben waren, und auch ein Aufforderungsschreiben des Lizenzgebers erfolglos geblieben war, erklärte dieser den Rücktritt vom Vertrag gemäß § 326. Das RG verneinte die Berechtigung des Rücktritts, weil die bezeichneten Pflichten nur Nebenleistungspflichten seien, "für deren Erfüllung eine Frist mit der im § 326 BGB bestimmten Wirkung

---

1) vgl. FLUME, § 6 2, S.80 f.

überhaupt nicht gesetzt werden konnte". Es erwog aber ausführlich die Qualifizierung jener Pflichten als Hauptleistungspflichten und nahm die Einstufung als Nebenleistungspflichten schließlich vor, weil zu dem Zeitpunkt, zu dem der Lizenzgeber die Frist zur Erteilung der Abrechnung bestimmte, "nicht eine Zahlung, sondern nur eine Verrechnung[1] der dem Beklagten (Lizenzgeber) zustehenden Lizenzvergütungen auf die ungleich höherenGegenforderungen der Klägerin in Frage (kam). Im Hinblick hierauf hat das OLG die Verpflichtung ... als eine Nebenverpflichtung ansehen können."[2] Kurz danach führt das RG dann weiter aus: "Bei dieser Sachlage hatte der Beklagte ... an der pünktlichen Erteilung der Abrechnung kein so wesentliches Interesse, daß er der Klägerin für die Erfüllung dieser Pflicht eine Frist mit den weitgehenden Wirkungen des § 326 BGB setzen konnte." Das sind Erwägungen, die evident auf die Prüfung des Interessefortfalls abzielen und dort dogmatisch auch hingehören, nicht aber in die Unterscheidung Haupt- und Nebenleistung.

Die Schranke, die das Gesetz in §§ 326 I 3, 325 I 2 der Ausübung der Vollrechte bei Störung nur einer (synallagmatischen) Nebenleistung voranstellt, schützt den Schuldner ausreichend vor willkürlichem -i.S. eines materiell nicht gerechtfertigten Vorschiebens von Gründen[3] - Verhalten des Gläubigers. Denn die Beurteilung des Interessefortfalls kommt im Streitfalle allein dem Gericht zu. Zwar hängt die Frage des Interessefortfalls von Umständen ab, die in der Sphäre des Gläubigers liegen, auf die also der Schuldner kaum Einfluß haben wird. Aber der Gläubiger kann die den Interessefortfall begründenden Umstände auch nicht beliebig herbeiführen. Insbesondere kann er sich nicht willkürlich auf den Standpunkt stellen, er habe kein

---

1) Hervorhebungen vom RG.
2) S. 1007.
3) vgl. hierzu oben S. 39 ff.

Interesse an der beidseitigen teilweisen Vertragserfüllung. Diese Möglichkeit wird ausgeschlossen durch das Erfordernis der Kausalität zwischen der teilweisen Unmöglichkeit oder dem Teilverzug und dem Interessefortfall. Vielmehr muß sich der Interessefortfall aus den beim Gläubiger anzutreffenden Umständen objektiv[1] ergeben.

3. Die Ergebnisse bei vorhandenem Interesse
- Zur Frage des Ausschlusses des Teilrücktrittsrechts -

Ist das Interesse des Gläubigers an der teilweisen beidseitigen Vertragserfüllung nicht infolge der Teilunmöglichkeit oder des Teilverzuges entfallen, so stehen ihm hinsichtlich der gestörten synallagmatischen Nebenleistung die Teilrechte aus den §§ 323 ff. zu. Das sind in erster Linie das Recht auf Rücktritt vom Vertrag und der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung jeweils bezogen bzw. eingeschränkt auf die unmöglich gewordene oder verzögerte Teilleistung. Allerdings sind die sog. Teilrechte in den §§ 323 ff. nur sehr unvollständig ausgesprochen: lediglich § 323 I 2. Hs. enthält eine ausdrückliche, spezielle Rechtsfolgenanordnung für den Fall einer teilweisen Unmöglichkeit, bei der das Schuldverhältnis im übrigen - d.h. bezüglich des noch möglichen Leistungsteils und der entsprechenden geminderten Gegenleistung - bestehen bleibt[2]. Dagegen regeln die §§ 325, 326 die Rechtsfolgen der Teilunmöglichkeit und des Teilverzugs nur für den Fall, in dem der Gläubiger kein Interesse an der teilweisen Vertragserfüllung hat und folglich die Totalrechte ausüben darf, nicht aber auch für den Fall, in dem jenes Interesse vorhanden ist und folglich der Vertrag teilweise abzuwickeln ist. Diesen letzteren Fall erachtete der Gesetzgeber als nicht ausdrücklich regelungsbedürftig, da es für ihn selbst-

---

1) vgl. ERMAN-BATTES, § 325 RNr. 44; WÜRDINGER/RÖTTLICHT, Vor § 373 Anm. 434.
2) vgl. RGZ 140, 378, 383.

verständlich war, gegebenenfalls die Vollrechte beschränkt auf den unmöglich gewordenen oder verzögerten Teil zu gewähren[1]. Es erschien ihm daher richtiger, für diesen Fall "von der teilweisen Unmöglichkeit zu schweigen".[1] Diesen historischen Sachverhalt hob das RG bereits in einer Entscheidung[2] aus dem Jahre 1901 hervor und erklärte sodann die Sätze 1 und 2 des § 326 ohne weiteres für analog anwendbar im Falle des Teilverzuges bei fortbestehendem Interesse des Gläubigers i.S.d. §§ 326 I 3, 325 I 2. Dem ist - soweit ersichtlich - nie widersprochen worden, und nach heute allgemeiner Meinung[3] kann der Gläubiger sowohl im Falle teilweiser Unmöglichkeit als auch im Falle des Teilverzuges die in den §§ 325 I 1, 325 I 3 (323), 326 I 2 genannten (Voll-)Rechte hinsichtlich des unmöglich gewordenen oder verzögerten Teils der Leistung geltend machen.

Demnach hat der Gläubiger einer synallagmatischen Nebenleistungspflicht, deren Erfüllung dem Schuldner unmöglich geworden ist, das bekannte drei- bzw.[4] vierfache Wahlrecht[5]: Er kann (1) Schadensersatz wegen Nichterfüllung der synallagmatischen Nebenleistung verlangen; (2) vom Vertrage hinsichtlich der Nebenleistung zurücktreten; sowie die für den Fall des § 323 bestimmten Rechte geltend machen, das sind (3) das Recht auf Minderung seiner Leistung und (4) das Recht auf Herausgabe des stellvertretenden commodum. Bei Verzug mit einer synallagmatischen Nebenleistung hat er naturgemäß nur die Rechte (1) bis (3)[6].

---

1) Protokolle Bd. 2, S. 64.
2) RGZ 50, 138, 142.
3) vgl. z.B. LARENZ, SchR I, § 22 LI c, S. 250 und § 23 II b, S. 263; STAUDINGER-KADUK, § 325, RNr. 83-87, und § 326, RNr. 160; RGRK-WILDE, § 326, Anm. 17; BGHZ 36, 316.
4) je nach dem, ob die mit § 323 eröffneten Möglichkeiten zusammengefaßt werden oder nicht.
5) s. statt vieler LARENZ, SchR I, § 22 II, S. 245; STAUDINGER-KADUK, § 325, RNr. 83-87.
6) Zur Anwendbarkeit des § 323 I 2.Hs. im Falle des Verzuges s. BGH Warn. 1972 Nr. 109; der BGH befaßt sich dort mit dem Umstand, daß § 326 I 3 nur auf den S. 2, nicht aber auch auf S. 3 des § 325 I verweist.

Mit diesen Rechten des Gläubigers ist die Verhältnismäßigkeit von Tatbestand und Rechtsfolge gesichert. Denn sie sind beschränkt auf die nicht erbrachte synallagmatische Nebenleistung, und daß der Schuldner bei zu vertretender Leistungsstörung insoweit schadensersatzpflichtig ist oder sich den Rücktritt gefallen lassen muß, versteht sich von selbst. Überdies kommt ihm ein weiterer Schutz im Falle des Verzuges zu: Der Gläubiger muß, auch wenn er nur die Teilrechte ausüben will, die Erfordernisse des § 326 I 1 beachten, also eine Frist zur Bewirkung der Leistung setzen und androhen, bei fruchtlosem Fristablauf die Annahme der Leistung abzulehnen.

Zum Teilrücktrittsrecht werden allerdings zwei Einschränkungen geltend gemacht: Zum einen wird das Teilrücktrittsrecht ausgeschlossen, wenn der gegenseitige Vertrag derart einheitlich erscheint, daß er "nicht in mehrere Stücke zerlegt"[1] werden kann. Zum anderen wird das Rücktrittsrecht in analoger Anwendung des § 320 II versagt bei Verzug mit einer ganz geringfügigen Teilleistung[2]. Beide Einschränkungen erscheinen jedoch allenfalls sinnvoll[3] im Falle einer quantitativ bestimmten Teilleistung, wenn also die fragliche Teilleistung mengenmäßig den TEil einer homogenen Leistung darstellt, nicht aber dann, wenn eine vollständige Nebenleistung als Teilleistung in Frage steht[4]. Denn diese ist schon definitionsbedingt

---

1) RGZ 67, 101, 105; diese Entscheidung betraf einen zusammengesetzten Vertrag. Vgl. ferner RGZ 79, 310, ebenfalls einen zusammengesetzten Vertrag betreffend; STAUDINGER-KADUK, § 326, RNr. 85; RGRK-WILDE, § 326, Anm. 17, 27.
2) RGZ 76, 150, 152; RGRK-WILDE, § 326, Anm. 27.
3) Bedenken gegen den Grundsatz, daß ein einheitlicher Vertrag nur im ganzen stehen und fallen kann, äußert WILDE in RGRK, § 326, Anm. 18; ganz abgelehnt wird die Einschränkung - jedenfalls für den Bereich der Unmöglichkeit - von ERMAN-BATTES, § 325, RNr. 43; dagegen wiederum STAUDINGER-KADUK, § 325, RNr. 86.
4) a.A. SCHULZE, S. 60, der aber kein einziges Beispiel zu geben vermag.

von der Hauptleistung verschieden, und folglich ist die gesamte Leistung des Schuldners stets in Haupt- und Nebenleistung zerlegbar. Der Schuldner bedarf daher keines Schutzes gegenüber einer Zerstückelung seiner gesamten Leistung. Es wird nicht eine Leistung in Stücke zerlegt, vielmehr der von vornherein vorhandenen Teilbarkeit der gesamten Leistung Rechnung getragen. Überdies muß sich der Schuldner die gleiche Zerstückelung seiner gesamten Leistung gefallen lassen, wenn der Gläubiger den Schadensersatzanspruch wählt. Die Zerstückelung durch den Teilrücktritt geht nicht weiter. Dann aber gibt es keinen Grund, das Teilrücktrittsrecht für die fragliche Fallgruppe in Hinblick auf den Grundsatz der Einheitlichkeit des Vertrages einzuschränken.

Allerdings kann die Beschaffenheit der Gegenleistung des Gläubigers den Teilrücktritt ausschließen, wenn nämlich die Gegenleistung homogener Natur ist, z.B. eine einzige unteilbare Sache geschuldet wird. Der Ausschluß des Teilrücktrittsrechts beruht dann aber nicht auf dem Grundsatz der Einheitlichkeit des Vertrages[1], sondern darauf, daß der Gläubiger zur vertraglich bedungenen Gegenleistung verpflichtet bleibt und diese Leistung nicht durch eine andere - etwa eine geminderte Geldleistung - ersetzen darf[2]. Das Teilrücktrittsrecht gibt dem Gläubiger eben keine Ersetzungsbefugnis. Daher kann der Teilrücktritt sinnlos werden, weil der Gläubiger mit der Ausübung dieses Rechts eine Herabsetzung seiner Gegenleistung herbeiführen will; ein Ziel, das er wegen der Art seiner Gegenleistung nicht erreichen kann.

Der Ausschluß des Teilrücktrittsrechts infolge analoger Anwendung des § 320 II bei Verzug mit einer ganz

---

1) so aber STAUDINGER-KADUK, § 325 RNr. 85, 86.
2) LARENZ, SchR I, § 22 II c, S. 251, begründet daher den Ausschluß des Teilrücktrittsrechts, der durch die Beschaffenheit der Gegenleistung des Gläubigers bedingt ist, nicht mit dem Grundsatz der Einheitlichkeit des Vertrages, sondern mit "der Natur der Sache".

geringfügigen Teilleistung kommt für die hier untersuchten Fälle schon deshalb nicht in Betracht, weil die durch den Teilrücktritt ausgelöste Herabsetzung der Gegenleistung des Gläubigers entsprechend der verzögerten Nebenleistung erfolgt und demnach ebenfalls ganz geringfügig sein muß. Es kann daher die Ausübung des Teilrücktrittsrechts bei Verzug mit einer synallagmatischen Nebenleistung wohl niemals i.S.d. § 320 II gegen Treu und Glauben verstoßen[1].

III. Die dogmatischen Schwierigkeiten der Theorie der Gesamtleistung - Die Begriffe (Gesamt-)Leistung und Teilleistung -

Die dogmatischen Schwierigkeiten der dargestellten und in der Anwendung hinsichtlich der Ergebnisse befriedigenden Theorie der Gesamtleistung sind in der Frage nach dem Verständnis der in den §§ 323 ff. verwandten Begriffe "Leistung" und "Teilleistung" begründet. Beide termini sind jeweils in einer Norm enthalten, und der Begriff der Teilleistung nimmt Bezug auf den der Leistung. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß sie inhaltlich miteinander harmonisieren müssen: Ihr Bedeutungsgehalt ist wechselseitig bedingt; sie bilden einen korrelativen Gegensatz. Die "Teilleistung" muß folglich ein Teil der "Leistung" sein.

Faßt man nun die "Leistung" als homogene Leistung auf, z.B. als Hauptleistung oder als vertragstypi-

---

1) Die zum Ausschluß des Rücktrittsrechts infolge analoger Anwendung des § 320 II grundlegende Entscheidung des RG (Bd. 76, S. 150) betraf denn auch den Rücktritt vom gesamten Vertrag wegen Verzuges mit einem ganz geringfügigen Teil der homogenen Hauptleistung. Zur Begründung des Ausschlusses des Rücktrittsrechts hätte es aber des Rechtsgedankens aus § 320 II nicht bedurft; vielmehr hätte die - m.E. gebotene - Anwendung des § 326 I 3 zum gleichen Ergebnis geführt: das Interesse des Gläubigers an der teilweisen Vertragserfüllung war nämlich nicht entfallen.

sche Leistung, so kann die "Teilleistung" logisch zwingend nur quantitativ bestimmt sein, d.h. "Teilleistung" ist nur der quantitative Teil einer einzelnen homogenen Leistung.

Will man dagegen unter "Teilleistung" auch[1] eine einzelne vollständige Leistung als Teil aus einem Bündel von Leistungen erfassen, so muß die "Leistung" als Inbegriff des Bündels von Leistungen verstanden werden. Dieser Inbegriff kann dann als Gesamtleistung aussagekräftiger bestimmt werden.

Es ist offenkundig, daß nur mit der letzteren Bedeutung des korrelativen Begriffspaares die hier untersuchte Theorie dogmatisch vereinbar ist, was auch schon im Namen der Theorie sowie in ihrer Darstellung zum Ausdruck gelangt ist. Einer entsprechenden Interpretation steht jedoch entgegen, daß zum einen der Gesetzgeber von einem engen[2] Teilleistungsbegriff ausgegangen ist[3], und zum anderen Rechtsprechung und

---

1) zusätzlich zu der nur quantitativen Bestimmung; es kann daher von einem weiten und einem engen Teilleistungsbegriff gesprochen werden.

2) s. FN 1.

3) Das ergibt sich aus den Materialien weitestgehend nur in schlüssiger Weise. Leistung wird dort - soweit ersichtlich - nie als Inbegriff für die gegebenenfalls mehreren vom Schuldner zu erbringenden heterogenen Einzelleistungen verstanden. Daß der Gesetzgeber vom engen Teilleistungsbegriff ausging, wird aber ganz deutlich in Prot., S. 634 ff: dort werden im Rahmen der Erörterungen des § 320 II konkrete Beispiele für Teilleistungen genannt; so ist wiederholt die Rede vom "Theil des Kaufgegenstandes" oder "Rest des Kaufgegenstandes" als Teilleistung, nie aber von einer vollständigen Einzelleistung als Teilleistung.
Zu erklären ist die Auffassung des historischen Gesetzgebers aus dem seinerzeitigen Stand der Lehre zum Begriff Teilleistung im gemeinen Recht. So lehrte WINDSCHEID (6. Aufl., § 253): "Teilbar im Sinne des Rechts ist die Leistung, welche unbeschadet ihres Wesens in Teile zerlegt werden kann, so daß jede Teilleistung eine Leistung des gleichen Inhalts ist, wie die Gesamtleistung und sich von der Gesamtleistung nur quantitativ unterscheidet." Diese auf den Bereich der §§ 420 ff. zugeschnittene Definition verwandte WINDSCHEID auch in seinen Erörterungen zur Teilunmöglichkeit, vgl. Pandekten II 14 sowie § 360, 1. - Eine ausführliche Ausein-

Lehre ganz selbstverständlich "Leistung" als homogene Einzelleistung verstehen. Dies zeigt schon die Interpretation der "Leistung" als Hauptleistung.

Gleichwohl sind im Schrifttum Versuche unternommen worden, die Richtigkeit des Gesamtleistungsbegriffs nachzuweisen.

1. Die Lehre HIMMELSCHEINS

Aus diesen Versuchen ragen die Arbeiten von HIMMELSCHEIN[1] hervor. Nach ihm liegt dem Unmöglichkeits- und Verzugsrecht ein extrem weiter Gesamtleistungsbegriff zugrunde: Leistung bedeutet "Schuldnerpflicht, welche durch den Gegenstand (qualitativ und quantitativ gemeint) durch Ort und Zeit näher bestimmt ist"[2]. Das Besondere dieser Definition liegt darin, daß sämtliche Verhaltenspflichten in den Leistungsbegriff einbezogen sind und also als Leistungspflicht eingestuft werden. Damit entfällt für HIMMELSCHEIN der Gegensatz von Leistungspflichten und Verhaltenspflichten, - es gibt für ihn nur Leistungspflichten. Infolgedessen kann er die Verletzung von Verhaltenspflichten den allgemeinen, im Gesetz geregelten Arten der Leistungsstörung Unmöglichkeit und Verzug zuordnen, wodurch die Lehre von den positiven Vertragsverletzungen entbehrlich wird. Letzteres nachzuweisen, war bekanntlich das Ziel seiner Arbeiten.

Um die Frage der Qualifizierung und Behandlung der Verhaltenspflichten geht es hier freilich nicht, vielmehr darum, ob "Leistung" in den §§ 323 ff. für die Gesamtheit der unterscheidbaren Leistungen - die ein

---

andersetzung mit der im gemeinen Recht vorherrschenden Lehre zum Begriff Teilleistung, insbesondere auch mit der Lehre TITZEs, findet sich bei COING, Teilerfüllung, Sp. 533 ff.

1) AcP 135, 255 ff. und AcP 158, 273 ff.; wie HIMMELSCHEIN auch WICHER, AcP 158, 297; vgl. auch die jüngste Auseinandersetzung mit der Lehre HIMMELSCHEINS von JAKOBS, S. 17 ff.

2) AcP 158, 285.

Schuldner aufgrund eines gegenseitigen Vertrages zu erbringen hat - steht oder nur für eine einzelne Leistung. Doch scheint auch für dieses Problem die Theorie HIMMELSCHEINS beachtlich zu sein. Denn in seinem extrem weiten Begriff der Gesamtleistung ist ein auf gegenständliche Leistungspflichten bezogener Gesamtleistungsbegriff wohl als ein minus enthalten. Wenn also HIMMELSCHEIN schon die Verletzung einer Verhaltenspflicht als teilweise Nichterfüllung den Regeln über die Teilunmöglichkeit und den Teilverzug unterstellt, so kann erst recht die Nichterfüllung einer Nebenleistungspflicht nach jenen Regeln behandelt werden. Aus dem sich dann ergebenden weiten Teilleistungsbegriff müßte wegen der wechselseitigen Bedingtheit der Begriffsinhalte auf die Bedeutung der "Leistung" als Gesamtleistung geschlossen werden.
Zu bedenken ist aber doch, daß HIMMELSCHEINS Argumentation mit der Richtigkeit der These, die Verhaltenspflichten seien nichts anderes als Leistungspflichten, steht und fällt. Diese These wollte er beweisen; er hat nicht auch untersucht, wie der Inhalt des Begriffs der Leistung in den §§ 323 ff. unabhängig von jener These zu verstehen ist. Da es hierauf aber allein ankommt, und HIMMELSCHEINS Theorie nicht unter einem Teilaspekt geprüft werden kann, der zwar logische Folge nicht jedoch unmittelbarer Gegenstand seiner Arbeiten war, ist seine Theorie im folgenden außer acht zu lassen.

2. Die Lehre vom gegenständlichen Gesamtleistungsbegriff

Die Auffassung, daß "Leistung" in den §§ 323 ff. als Summe der einzelnen Leistungspflichten einer Vertragspartei zu verstehen ist, vertreten insbesondere KRÖGER, SCHULZE und CHONE.

KRÖGER stellt zu Beginn seiner Arbeit[1] die bekannte grundsätzliche Antinomie des Leistungsbegriffs heraus,

---

1) S. 6/7.

der einmal das gesamte Schuldnerverhalten, ein andermal den herbeizuführenden Erfolg erfaßt[1]. Sodann bestimmt er: "Dieses Gesamtverhalten des Schuldners wird von der vorliegenden Arbeit als Gesamtleistung bezeichnet."[2] Von dieser Prämisse aus kommt er zwanglos zu der Folgerung, daß die Nebenleistung als Teilleistung anzusehen ist. Denn es "zwingt schon der Begriff der Gesamtleistung dazu, die von ihm umschlossenen Haupt- und Nebenleistungen als Teilleistungen zu betrachten, da beide Leistungen selbständig nebeneinander stehen"[3]. Mit der gleichen Begründung[4] bejaht KRÖGER dann die Anwendbarkeit der §§ 325, 326[5] bei Nichterfüllung von Nebenleistungen infolge zu vertretender Unmöglichkeit oder Verzuges.

Die Beweisführung KRÖGERS beruht nicht gerade auf einer petitio principii, wie es zunächst erscheinen könnte. Denn ihm ist zuzustimmen hinsichtlich der wechselseitigen Bedingtheit der Begriffsinhalte. Aber den Bedeutungsgehalt des Begriffs, von dem er ausgeht, hat er insofern willkürlich festgesetzt, als er nirgends nachgeprüft hat, ob die Bedeutung der "Leistung" i.S. von Gesamtleistung gerade den §§ 323 ff. zugrunde liegt. Richtig ist, daß "Leistung" das gesamte Verhalten des Schuldners meinen kann. Damit ist aber noch nichts ausgesagt über die Bedeutung der "Leistung" speziell in den §§ 323 ff. Die entscheidende Frage hat KRÖGER also nicht beantwortet.

Anders - im Anschluß an die Auffassung CHONES[6] - SCHULZE: er bezeichnet es sogar als das Ziel seiner

---

1) dazu oben S. 58.
2) S. 7.
3) S. 21.
4) S. 58.
5) KRÖGER nimmt an (s.S. 17), alle Nebenleistungen seien in das Synallagma einbezogen, so daß er niemals zur ausschließlichen Anwendbarkeit der §§ 280 ff. gelangt.
6) Da SCHULZE die Argumentation CHONES voll ausgewertet und im wesentlichen übernommen hat, wird hier auf die Darstellung der - zeitlich früheren - Lehre CHONES verzichtet; zum älteren Schrifttum s. aber vor allem CHONE, S. 213 ff., 217 (FN 53).

Arbeit, "nachzuweisen, daß das Gesetz, wenn es in den §§ 320 ff. BGB von Leistung und Gegenleistung spricht, hiermit die aus Haupt- und Nebenleistungen zusammengesetzte Gesamtleistung einer jeden Partei versteht"[1]. Dieses Ziel geht er an von der Frage her[2], wann eine Vertragspartei den Vertrag erfüllt hat und beantwortet sie zutreffend: "wenn der Schuldner sämtliche zur Gesamtleistung gehörenden Verbindlichkeiten, Haupt- wie Nebenpflichten[3], exakt erfüllt hat." Von hier aus ist es nur ein kleiner gedanklicher Schritt zu der Folgerung, daß jede Leistung, die hinter jener Anforderung zurückbleibt, nicht vollständige Leistung sondern Teilleistung ist. Diesen von der Frage der Vertragserfüllung her bestimmten Begriff der Teilleistung setzt SCHULZE noch nicht mit der "Teilleistung" i.S.d. §§ 325, 326 gleich. Vielmehr untersucht er zunächst den in den §§ 325, 326 verwandten terminus und kommt zu dem Ergebnis, daß beide Begriffe inhaltsgleich sind. Im Anschluß an FLUME[4] und vor allem COING[5] beschränkt er nämlich den engen Begriff der Teilleistung i.S. von quantitativ teilbarer Leistung auf das Gebiet der §§ 420 ff. Für die §§ 320 ff. bestimmt er dagegen den Begriff Teilleistung nach Art und Grad der Nichterfüllung. Das Wort "Teil-" stellt nach SCHULZE ein Bruchstück der Gesamtheit in naturwissenschaftlichem Sinne dar. Der weite Teilleistungsbegriff ermöglicht ihm sodann den logisch korrekten Schluß, daß Leistung in den §§ 320 ff. als Gesamtleistung zu verstehen ist.

3. Kritik und eigene Stellungnahme

Den Ausführungen SCHULZES zum Verständnis des Teilleistungsbegriffs in den §§ 320 ff. ist zuzustimmen.

---

1) S. 28.
2) S. 29.
3) gemeint sind Haupt- wie Nebenleistungspflichten;
4) Kaufvertrag und Werkvertrag in der Umstellung, SJZ 1949 Sp. 88 ff.
5) Teilerfüllung, SJZ 1949 Sp. 532 ff.

a) Zum Begriff der Teilleistung

Schon PLANCK-SIBER[1] haben darauf hingewiesen, daß es einen durchgängig feststehenden Begriff der Teilleistung im BGB nicht gibt. Sein Inhalt ist vielmehr vom Zweck der Einzelvorschrift oder des Normenkomplexes her, in dem er verwandt ist, zu bestimmen. Das haben COING[2] und FLUME[3] überzeugend dargetan. COING insbesondere weist ausführlich nach, daß ein einheitlicher Begriff der Teilleistung der Verschiedenheit der Fallgruppen, in denen er eine Rolle spielt (in § 266; in den §§ 420 ff.; und in den §§ 280 ff., 323 ff.), "offenbar" nicht gerecht wird. So hat § 266 Fälle im Auge, bei denen der Schuldner eine (gemessen an der Vertragsvereinbarung) irgendwie unvollständige Leistung anbietet. Inwiefern die Leistung unvollständig ist, ob i.S. eines quantitativen Teils einer homogenen Leistung oder i.S. des Angebots nur einer von mehreren geschuldeten Leistungen, das ist nach der ratio des § 266 unerheblich. Diese Norm will beide Fälle regeln. Der enge Begriff der Teilleistung paßt also nicht. Es kann auch, so stellt COING fest, niemand dem Gläubiger durch Begriffe vorschreiben, "wann er eine Teilleistung mit befreiender Wirkung annehmen darf"[5].

Im Rahmen der §§ 420 ff. steht dagegen in Frage, inwieweit eine Leistung unter mehreren Schuldnern oder Gläubigern verteilt werden kann, so daß sich die Leistungspflicht des einzelnen Schuldners und das Forderungsrecht des einzelnen Gläubigers jeweils auf einen bestimmten Teil begrenzen lassen[6]. Es geht also nur um die Verteilbarkeit und nicht um die Unvollständigkeit einer Leistung. Schon diese unter-

---

1) § 275, Anm. 4.
2) SJZ 1949, Sp. 532 ff.
3) SJZ 1949, Sp. 88 ff.
4) Sp. 534.
5) Die freiwillige Annahme eines Teils der Leistung führt zur teilweisen Erfüllung und damit zur teilweisen Befreiung des Schuldners.
6) COING, aaO, Sp. 533.

schiedlichen Ansatzpunkte verbieten die Annahme eines einheitlichen Begriffs der Teilleistung im BGB.

Im Falle der Teilunmöglichkeit - dem Komplementärbegriff zur Teilleistung[1] - ist dagegen zu fragen, ob der Gläubiger die möglich gebliebene Restleistung annehmen muß. Die Antwort macht das Gesetz abhängig von der Prüfung des Interesses an der möglichen Teilleistung. Dieses gesetzliche Kriterium wird verdeckt, wendet man einen Teilleistungsbegriff an, der auf die (Ver-)Teilbarkeit einer Leistung abstellt. Der Teilleistungsbegriff in diesem Sinne ist für eine bestimmte Fallgestaltung und einen ganz bestimmten Zweck entwickelt worden, nämlich für das Problem der Verteilung einer Leistung unter mehrere. Ihn im Rahmen der Teilunmöglichkeitsregeln anzuwenden, bedeutet nach Ansicht COINGS[2], den Kardinalfehler der Begriffsjurisprudenz begehen, nämlich einem technischen Begriff absoluten und normativen Charakter beimessen.

In der Tat nennt § 325 I 2[3] als Entscheidungskriterium nur das Interesse an der teilweisen Erfüllung und dieses Kriterium reicht aus, die Fälle teilweiser Unmöglichkeit zu lösen[4]. Mit der Verwendung des engen Teilleistungsbegriffs werden nun all jene Fälle aus dem Anwendungsbereich des § 325 I 2 herausgenommen, in denen nicht der quantitative Teil einer homogenen Leistung in Rede steht, sondern eine vollständige Leistung, die jedoch nur eine von zwei oder mehreren geschuldeten Leistungen ist. Denn in diesen Fällen soll eine Teilleistung gar nicht vorliegen. Doch stellt sich auch in diesen Fällen die für § 325 I 2 typische Frage, ob der Gläubiger die möglich gebliebene andere Leistung - die Restleistung - annehmen muß. Der zu entscheidende Konflikt ist der

---

1) COING, aaO, Sp. 533.
2) aaO, Sp. 535.
3) aber auch nur § 325 I 2, nicht auch § 323 I 2.Hs., das berücksichtigt COING, aaO, nicht.
4) das ist bereits oben - S. 87 ff. - dargelegt worden.

gleiche, ob die Teilleistung so oder so verstanden wird. Denn in jedem Falle ist eine möglich gebliebene Restleistung vorhanden, über deren Rechtsschicksal zu befinden ist. Das Kriterium hierfür ist im Gesetz eindeutig ausgesprochen. Damit es in allen einschlägigen Fällen zur Geltung kommen kann, muß der Begriff der Teilleistung weit verstanden werden. Mit COING[1] ist daher Teilleistung i.S.d. § 325 I 2 nach Art und Grad der eingetretenen Unmöglichkeit zu bestimmen[2]; ein Kriterium, das die Einbeziehung der Erfüllung einer von mehreren heterogenen Leistungen in den Teilleistungsbegriff gebietet.

Der Begriff der Teilleistung in § 326 I 3[3] ("... Leistung ... teilweise nicht bewirkt") kann nicht anders verstanden werden als in § 325 I 2. Die Konfliktsituation ist die gleiche. Auch im Falle des Verzuges stellt sich die Frage, ob der Gläubiger die nicht verzögerte Restleistung behalten bzw. noch annehmen muß. Entsprechendes gilt für die teilweise Unmöglichkeit, die keine der Parteien zu vertreten hat - § 323 I 2. Hs. Insoweit fehlt es zwar an einer ausdrücklichen Normierung des Kriteriums Interesse an der teilweisen Erfüllung. Aber es ist zu fragen, ob die möglich gebliebene Leistung noch im Rahmen des konkreten Schuldverhältnisses liegt, wobei insbesondere der Zweck des Schuldverhältnisses zu berücksichtigen ist[4]. Die Prüfung dessen führt zu gleichen Wertungen wie bei den §§ 325 I 2, 326 I 3.

b) Zum Begriff der (Gesamt-)Leistung

Obwohl demnach dem Ausgangspunkt SCHULZES zuzustimmen ist, nämlich dem von ihm unter Bezugnahme auf COING

---

1) aaO, Sp. 534.
2) Für den gegenteiligen Standpunkt, wonach Teilleistung im Rahmen des § 325 I 2 eng auszulegen ist, ist im übrigen kein sachliches Argument zu finden, was den Vorwurf COINGS, er beruhe auf reiner Begriffsjurisprudenz, eindrucksvoll untermauert.
3) COING hat ihn außer acht gelassen.
4) vgl. PALANDT-HEINRICHS, § 323 Anm. 4; ders. § 275 Anm. 5; RGZ 140, 378, 382 f.

dargelegten Verständnis vom Begriff der Teilleistung in den §§ 320 ff., kann seinem Rückschluß vom Teilleistungsbegriff auf den Leistungsbegriff nicht beigepflichtet werden. Zwar ist jener Rückschluß logisch korrekt! Denn der Bedeutungsgehalt beider Begriffe ist wechselseitig bedingt[1]. Aber der Gesetzgeber hat diese logische Abhängigkeit nicht beachtet, was auch im Gesetz selbst zum Ausdruck kommt. Der Versuch, die Richtigkeit des Gesamtleistungsbegriffs nachzuweisen, ist daher von vornherein zum Scheitern verurteilt.

Eine erste Einschränkung des Begriffs der Gesamtleistung, legt man ihn den §§ 320 ff. zugrunde, müßte schon in Hinblick auf die nichtsynallagmatischen Leistungspflichten erfolgen. Sie unterliegen nicht dem Anwendungsbereich der §§ 320 ff. Also kann Leistung in den §§ 320 ff. auch nicht die Gesamtheit aller Leistungspflichten einer jeden Partei erfassen. Richtig wäre es folglich nur, von einer synallagmatischen Gesamtleistung als dem Inbegriff aller in das Gegenseitigkeitsverhältnis einbezogenen Leistungspflichten einer Partei zu sprechen. Das bedeutete zwar keinen Widerspruch, aber doch eine sprachliche Unstimmigkeit.

Das durchschlagende Argument gegen die Ansicht, "Leistung" in den §§ 323 ff. bedeute Gesamtleistung, ergibt sich aus der Konsequenz dieser Ansicht: Die die Vollrechte gewährenden Tatbestände §§ 323 I 1.Hs., 324 I, 325 I 1, 326 I 2 wären nur erfüllt, wenn Unmöglichkeit oder Verzug mit der gesamten synallagmatischen Leistung vorliegt; sie wären insbesondere nicht schon erfüllt, wenn Unmöglichkeit oder Verzug mit der Hauptleistung allein gegeben ist und nicht zugleich auch mit einer außerdem geschuldeten Nebenleistung. Dann nämlich läge nicht Unmöglichkeit oder Verzug mit der Gesamtleistung vor, sondern nur mit

---

1) s. oben S. 97.

einem Teil der Gesamtleistung. Unmöglichkeit oder Verzug mit der Hauptleistung müßten folglich nach den Regeln für die teilweise Unmöglichkeit und den Teilverzug behandelt werden. Etwas anderes würde nur gelten, wenn die Hauptleistung mit der Gesamtleistung identisch ist, weil keinerlei (synallagmatische) Nebenleistungspflicht vereinbart ist.

Die aufgezeigte Konsequenz, die im Schrifttum durchaus vertreten wird[1], hat der Gesetzgeber nicht gewollt, und sie ist auch nicht mit dem Gesetz vereinbar. Das ergibt sich insbesondere aus § 326 I. In dieser Vorschrift ist bewußt davon abgesehen worden, als Voraussetzung für die Vollrechte Kausalität zwischen Verzug und Wegfall des Gläubigerinteresses an der Vertragserfüllung zu verlangen[2]. Stattdessen sind die Erfordernisse der Nachfristsetzung und der Ablehnungsandrohung normiert worden. Diese Veränderung der Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung gegenüber dem Tatbestand des § 286 II bezweckt, die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Gläubigers zu erweitern[3]. Er soll vom Vertrage loskommen können, noch bevor sein Interesse an der beidseitigen Vertragserfüllung entfallen ist. Diese Vergünstigung für den Gläubiger ist nicht erst dann sinnvoll, wenn außer dem Verzug mit der Hauptleistung auch Verzug mit allen Nebenleistungen eingetreten ist - also Verzug mit der Gesamtleistung, sondern bereits dann, wenn nur Verzug mit der Hauptleistung vorliegt. Die Vergünstigung würde dem Gläubiger aber genommen werden, wenn der Verzug allein mit der Hauptleistung als Teilverzug behandelt wird. Denn nach den Teilverzugsregeln §§ 326 I 3, 325 I 2 und § 326 I 1,2

---

1) so von KRÖGER, S. 58 f.; nicht ganz so deutlich SCHULZE, S. 64, aber doch eindeutig, zieht man seine Aussagen auf S. 28 ff. hinzu, wonach Erfüllung nur der Hauptleistung Teilleistung ist, wenn zusätzlich zur Hauptleistung Nebenleistungen zu erbringen sind.
2) ausführlich oben S. 39 ff.
3) oben S. 40.

analog[1] kann der Gläubiger die Vollrechte nur ausüben, wenn sein Interesse an der beiderseitigen teilweisen Vertragserfüllung infolge des Verzuges entfallen ist[2]. Es würde also durch Anwendung der Teilverzugsregeln das Erfordernis wieder eingeführt, auf das der Gesetzgeber wegen der Besonderheiten des synallagmatischen Vertrages in § 326 I 1,2 bewußt verzichtet hat und zwar sehr wohl in Hinblick auf den Fall des Verzuges mit der Hauptleistung.

Ein Beispiel soll dies verdeutlichen: Der Verkäufer eines Autos hat zwar den Kraftfahrzeugbrief bereits übergeben nicht aber das Fahrzeug selbst und es auch noch nicht übereignet. Mit dieser Leistungspflicht kommt er in Verzug. Unabhängig hiervon ist das Interesse des Käufers an der beidseitigen Vertragserfüllung schon vor Verzugseintritt entfallen, weil er anderweitig das gleiche Auto günstiger erworben hat. Die Anwendung des § 326 I 1,2 ermöglicht dem Käufer ohne weiteres den Rücktritt vom Vertrag, wenn er eine Nachfrist mit Ablehnungsandrohung setzt und die Frist fruchtlos verstreicht. Der schon vor Verzugsbeginn eingetretene Interessefortfall schadet ihm also nicht. - Gelangen dagegen die Teilverzugsregeln zur Anwendung, weil in Anbetracht des schon übergebenen Briefes der Verzug mit der Übereignungs- und Übergabepflicht hinsichtlich des Autos nur als Teilverzug angesehen wird, so schadet der vor Verzug eingetretene Interessefortfall dem Käufer. Denn sein Interesse an der beidseitigen teilweisen Vertragserfüllung - die sich lediglich auf den Brief beziehen würde! - ist nicht erst infolge des Verzuges entfallen oder anders ausgedrückt: das Interesse ist nicht fortgefallen, weil nur noch

---

1) vgl. zur analogen Anwendung des § 326 I 1,2 oben S. 93.

2) vgl. STAUDINGER-KADUK, § 326 RNr. 80; PALANDT-HEINRICHS, § 326 Anm. 3 a; das Merkmal der Kausalität zwischen Teilverzug und Interessefortfall wird im Schrifttum nicht besonders hervorgehoben. Es ergibt sich aber eindeutig daraus, daß das Interesse entfallen sein muß, weil nur noch Teilerfüllung möglich ist.

eine beidseitige teilweise Vertragserfüllung möglich[1] ist. Denn es bestand schon vor dem entscheidenden Zeitpunkt nicht mehr. - Das gewählte Beispiel ist freilich extrem, und das wohl unsinnige Ergebnis mag auch vom Standpunkt des Gesamtleistungsbegriffs her korrigierbar sein[2]. Hier geht es jedoch darum, die der Teleologie des § 326 entgegenstehenden Konsequenzen aufzuzeigen, die sich aus der Annahme, "Leistung" bedeute in § 326 Gesamtleistung, ergeben, wozu das Beispiel sehr wohl geeignet erscheint. Es läßt sich aber auch beliebig abwandeln, um es lebensnäher und wirtschaftlich relevanter zu gestalten. So könnten etwa an Stelle des Kraftfahrzeugbriefes zum Auto gehörende, mitverkaufte Winterreifen in das Beispiel eingesetzt werden. Dann ist die Frage nach der noch möglichen beidseitigen teilweisen Vertragserfüllung keineswegs absurd.

Auch im Falle der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit ist die Anwendung der Regeln über die Teilunmöglichkeit bei Unmöglichkeit nur der Hauptleistung - wenn also eine Nebenleistung noch erbracht werden kann, nicht systemgerecht. Der Gläubiger müßte darlegen und gegebenenfalls beweisen, daß die teilweise Vertragserfüllung für ihn kein Interesse hat. Dem nachzukommen dürfte dem Gläubiger zwar in der Regel nicht schwer fallen in Anbetracht der allein noch erfüllbaren Nebenleistungspflicht. Doch würde er jedenfalls mit einer Pflicht belastet, die ihm das Gesetz nicht auferlegt. Der Gesetzgeber kannte ja den hier diskutierten Gesamtleistungsbegriff gar nicht. Er hatte bei

---

1) § 326 behandelt die Leistung, soweit sie nicht innerhalb der Nachfrist bewirkt wird, wie eine durch Verschulden des Schuldners unmöglich gewordene Leistung. Die bewirkte oder nicht verzögerte Leistung ist also - in der Terminologie der Unmöglichkeitsregeln - die noch "mögliche" Leistung. Vgl. STAUDINGER-KADUK, § 326 RNr. 159.

2) Eine Korrektur derart, daß wegen der wirtschaftlichen Wertlosigkeit des Kraftfahrzeugbriefes (allein) Verzug mit der Gesamtleistung angenommen wird, ist allerdings nicht möglich. Denn sie würde den Gesamtleistungsbegriff wieder aufheben.

der Abfassung der Vollrechtstatbestände vielmehr die vertragstypischen Leistungen im Auge.

Die Ansicht, Leistung in den §§ 323 ff. bedeute Gesamtleistung, führt zudem zu Wertungswidersprüchen. So kann beispielsweise der Gläubiger, der nur eine Hauptleistung beanspruchen kann, im Verzugsfalle nach § 326 I 1,2 vorgehen. Er braucht also nicht darzutun, daß sein Interesse an der Vertragserfüllung entfallen ist. Das aber müßte der Gläubiger tun, der sich zusätzlich zur Hauptleistung eine geringfügige Nebenleistung ausbedungen hat bezüglich derer kein Verzug eingetreten ist. Diese unterschiedlichen Voraussetzungen der Rechte des Gläubigers in den beiden Fällen sind nicht zu rechtfertigen, bedenkt man, welch geringe wirtschaftliche Bedeutung die Nebenleistung haben kann und daß die entsprechende Pflicht von zufälligen tatsächlichen Gegebenheiten abhängen kann. Letzteres zeigt § 444: es kann vom Zufall abhängen, ob ein Verkäufer eine Urkunde besitzt, die zum Beweis eines verkauften Rechtes dient. Besitzt er zufällig eine solche Urkunde, so entsteht als Nebenleistungspflicht kraft Gesetzes die Auslieferungspflicht.

c) "Leistung" sowohl als Gesamtleistung wie auch als vertragstypische (Haupt-)Leistung

Die Kritik an der These, 'Leistung' in den §§ 323 ff. bedeute Gesamtleistung, läßt bereits erkennen, wie "Leistung" richtig zu verstehen ist. Der Ausdruck erfaßt zum einen die gesamte synallagmatische Leistung des Schuldners, kann also synallagmatische Gesamtleistung bedeuten. Diese Feststellung ist eigentlich selbstverständlich. Doch ist sie auszusprechen, weil in Rechtsprechung und Schrifttum stets nur betont worden ist - vornehmlich zu § 326 I 1 -, es müsse sich um die Hauptleistung handeln. Dadurch ist jene Selbstverständlichkeit verdeckt worden. Zum anderen kann Leistung aber auch für d i e vertragstypische Leistung stehen, die den wesentlichen Geschäftszweck des

Vertrages ausmacht. Dann bedeutet Leistung Einzelleistung, nämlich eine - allerdings die vertragstypische, den Vertragszweck bestimmende - von mehreren geschuldeten Leistungen. Wie diese vertragstypische Leistung begrifflich näher zu umschreiben ist, und in welchem Verhältnis sie zur Hauptleistung i.S. der Rechtsprechung steht, soll im folgenden Abschnitt geprüft werden.

Diese von der Teleologie der §§ 323 ff. her gewonnene Bestimmung der Leistung ist auch mit dem oben dargelegten weiten Teilleistungsbegriff vereinbar. Denn der Doppeldeutigkeit des Begriffs der Teilleistung - quantitativer Teil einer homogenen Einzelleistung zum einen und vollständige Leistung als eine aus mehreren zum anderen - entspricht die Doppeldeutigkeit des Begriffs der Leistung - Einzelleistung und Gesamtleistung. Daß eine Teilleistung i.S. einer Leistung aus mehreren nicht denkbar ist, wenn als Leistung nur eine Einzelleistung in Rede steht, hindert die logische Entsprechung der hier dargelegten Begriffe nicht. Sie umfassen vielmehr einen solchen auf tatsächlichen Gegebenheiten beruhenden Fall.

D. Bestimmung und Abgrenzung der Begriffe

Im ersten Teil der Arbeit, der den dogmatischen Fragen zugewandt war, sind die Begriffe Haupt- und Nebenleistung als in ihrem Inhalte fest umrissen angesehen worden. Ebenso ist die Frage der Einbezogenheit von Leistungspflichten in das Synallagma als unproblematisch behandelt worden. Beides war indes nur möglich, weil die Begriffskerne jener termini feststehen, und die Existenz auch nichtsynallagmatischer Leistungspflichten aus gegenseitigem Vertrag nicht ernsthaft geleugnet werden kann. Diese Grundlagen waren, wie sich gezeigt hat, ausreichend für die dogmatische Erörterung.

In der Praxis sind es jedoch gerade auch die Begriffe bzw. deren Abgrenzung zueinander, die erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Diesen Fragen gilt die folgende Untersuchung, bei der nunmehr infolge des Abschlusses der dogmatischen Erörterung die Funktion der Begriffe gebührend berücksichtigt werden kann.

I. Abgrenzung der Leistungspflichten von den sog. Nebenpflichten

Voneinander abzugrenzen sind zunächst die Haupt- und Nebenleistungspflichten - also die Leistungspflichten schlechthin - von den nicht auf Leistungserbringung abzielenden vertraglichen Pflichten, die vielfach als Nebenpflichten[1)] bezeichnet werden. Die Existenz dieser Pflichten ist allgemein anerkannt. Ihre Benennung ist jedoch sehr unterschiedlich[2)] und auch ihr Rechtsgrund wird aus verschiedenen Rechtsprinzipien und -figuren hergeleitet, die sich z.T. nur terminologisch[3)]

---

1) so z.B. von BLOMEYER, § 3 I 1, S. 19; ESSER, SchR I, § 5 III 1, S. 25 ff.; FIKENTSCHER, § 8 3, S. 29 ff.; PALANDT-HEINRICHS, Einl. v. § 241 Anm. 1 e, § 241 Anm. 7, § 242 Anm. 4 b; STAUDINGER-WEBER, § 241 RNr. 87 ff., § 242 RNr. A 771 ff.

2) vgl. PALANDT-HEINRICHS und STAUDINGER-WEBER in FN 1; sowie S. 11 FN 3-6.

3) materiell dasselbe dürfte gemeint sein mit: dem Schuldverhältnis als Organismus, der konstanten

z.T. aber auch materiell[1] unterscheiden. Auf die Probleme der Nebenpflichten näher einzugehen, gehört freilich nicht zum Thema dieser Arbeit. Die Abgrenzung ist aber erforderlich, weil die Anwendbarkeit der §§ 323 ff. untersucht und bejaht worden ist nur in Hinblick auf die (synallagmatischen) Leistungspflichten, insbesondere die Nebenleistungspflichten - die den Nebenpflichten schon terminologisch aber auch tatsächlich nahestehen -, nicht aber auch für die Nebenpflichten. Deren dogmatische Einordnung[2] ist offen gelassen worden, insbesondere die Frage[3], ob auch sie unter Umständen in das Synallagma einbezogen sein können mit der Folge, daß auch für sie die unmittelbare Anwendbarkeit der §§ 323 ff. zu prüfen wäre.

1. Abgrenzung nach dem Inhalt des geschuldeten Verhaltens

Der grundlegende Unterschied zwischen den Leistungspflichten und den Nebenpflichten ist darin zu sehen, daß erstere auf eine gegenständliche Erfüllung abzielen und folglich auf der Primärebene der Leistungserbringung abgewickelt werden, während die Nebenpflichten keinen gegenständlichen Bezugspunkt i.S. einer Transaktion zwischen den Vertragspartnern haben und sich folglich nur auf der Haftungsebene

---

Rahmenbeziehung, dem besonderen Vertrauensverhältnis. Vgl. dazu STAUDINGER-WEBER, § 242 RNr. A 770.

1) So zieht THIELE, Leistungsstörung, S. 651 f., in Zweifel, ob der Vertrauensgedanke Rechtsgrund der Schutzpflichten sein kann und stellt stattdessen ab auf die "praktisch unbestrittenen Elementarsätze des gerechten Handelns" oder die "Verkehrsmoral" als Ausdruck eines rechtsethischen Prinzips, das sich über den im Gesetz formulierten Grundsatz von Treu und Glauben hinaus Anerkennung verschafft hat. - Vgl. auch den Überblick von Eike SCHMIDT, passim.

2) vgl. dazu STAUDINGER-WEBER, § 242 RNr. A 770 ff., mit zahlreichen weiterführenden Nachweisen, und § 241 RNr. 87 ff.; KÖPCKE, passim.

3) Vgl. dazu Eike SCHMIDT, Nachwort, S. 160 ff.

auswirken[1]. Dieses Kriterium greift jedenfalls Platz im Rahmen der §§ 323 ff. Denn der Unmöglichkeitsbegriff des BGB wird gegenständlich verstanden[2]. Folglich muß der mit ihm korrespondierende Leistungsbegriff ebenfalls gegenständlich aufgefaßt werden. Unmöglich oder verzögert werden i.S. der §§ 323 ff. kann nur eine auf einen Gegenstand - Gegenstand freilich in weitestem Sinne, denn die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen - bezogene Leistung. Folglich ist das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung einer Leistungspflicht stets ein positives in dem Sinne, als durch die Erfüllung sein Vermögen oder zumindest sein tatsächlicher Herrschaftsbereich irgendwie vergrößert oder erweitert wird. Die Nebenpflichten sind demgegenüber kenntlich daran, daß ihre Erfüllung durch den Schuldner den Vermögens- oder Herrschaftsbereich des Gläubigers unberührt läßt. Das Interesse des Gläubigers an ihrer Erfüllung ist folglich als ein negatives - Erhaltungsinteresse - zu qualifizieren.

2. Sind inhaltlich nichtgegenständliche Pflichten Nebenleistungspflichten, wenn sie dem Leistungserfolg dienen oder ihn sichern sollen?

Das hier vorgeschlagene Kriterium für die Unterscheidung von Leistungspflichten und Nebenpflichten stellt demnach auf den Inhalt des geschuldeten Verhaltens ab. Es steht damit zumindest in scheinbarem Widerspruch zu dem Abgrenzungskriterium der bereits von STOLL[3] entwickelten und neuerdings vor allem von CANARIS[4] und THIELE[5] wieder aufgegriffenen Lehre von

---

1) vgl. Eike SCHMIDT, Nachwort, S. 132; KÖPCKE, S. 11; s. auch JAKOBS, S. 32 ff.
2) so schon STOLL, Abschied, S. 273.
3) Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, S. 286 ff.; Die Lehre von den Leistungsstörungen, S. 27 ff.
4) Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, 475 ff.
5) Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, 649 ff.

der Zweiteilung in Leistungs- und "Schutzpflichten". Nach diesen Autoren unterscheiden sich Leistungs- und Schutzpflichten gerade nicht im Inhalt des geschuldeten Verhaltens, sondern in dessen Ziel und Zweck[1]. Dient eine Pflicht der Verwirklichung des Leistungsinteresses, m.a.W. soll durch ihre Erfüllung der Leistungserfolg erreicht werden, so wird sie als Leistungs- oder Nebenleistungspflicht bezeichnet; soll sie aber lediglich den Gläubiger vor Schädigungen bewahren, so dient sie dem Schutzinteresse und ist eine Nichtleistungspflicht - nämlich Schutzpflicht. Mit dieser Trennung versucht STOLL, die Art und Intensität der jeweiligen Interessenverletzung zur Grundlage eines systematischen Aufbaus des Rechts der Forderungsverletzung zu machen und mit diesem Ausgangspunkt eine interessengerechte Bestimmung der Haftungsfolgen zu ermöglichen. Bei CANARIS und THIELE dient die Unterscheidung der Konstruktion eines gesetzlichen Schuldverhältnisses ohne primäre Leistungspflicht - des sog. Schutzpflichtverhältnisses -, das mit der Aufnahme der Vertragsverhandlungen zustande kommt und den Rechtsgrund der Schutzpflichten sowohl bei wirksamem als auch bei unwirksamem Vertrag bildet. Hier steht demgegenüber die Abgrenzung der Leistungspflichten von den Nebenpflichten in Hinblick auf die Anwendbarkeit der §§ 323 ff. in Frage. Doch sollte die Abgrenzung in gleicher Weise durchgeführt werden für alle drei genannten Problemkomplexe, denn sie betreffen alle drei Teilbereiche des Rechts der Leistungsstörung.

Aufgrund der Abgrenzung nach der Art des Gläubigerinteresses, auf dessen Befriedigung die jeweilige Pflicht abzielt, bezeichnen CANARIS und THIELE solche inhaltlich nichtgegenständlichen Pflichten als Leistungs- oder Nebenleistungspflichten, die - bei Gültigkeit des Vertrages - auf die ordnungsgemäße Erfüllung oder die Erhaltung des Leistungserfolges

---

1) ausdrücklich THIELE, S. 650.

ausgerichtet sind. Denn diese Pflichten seien dem Leistungsinteresse zuzuordnen.

Dieser Ansicht kann jedenfalls für den Bereich der §§ 323 ff. nicht gefolgt werden. Sie würde dazu führen, die §§ 323 ff. unmittelbar auf derartige inhaltlich nichtgegenständliche Pflichten anzuwenden[1]. In diesen Normen ist aber, insbesondere soweit sie Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewähren, an den Ausgleich solcher Nachteile gedacht, die auf das Ausbleiben der gegenständlichen Leistung zurückzuführen sind[2]. In ihnen wird primär das Ausbleiben eines gegenständlichen Leistungserfolges kompensiert, nicht aber die Minderung eines beim Gläubiger bereits vorhandenen Bestandes, wie er typischerweise durch Verletzung einer nichtgegenständlichen Pflicht eintritt. Sie setzen einen primären Erfüllungsanspruch voraus. In diese Kategorie können die von CANARIS und THIELE sog. Nebenleistungspflichten - also (Schutz-)Pflichten, die angeblich dem Leistungsinteresse des Gläubigers zuzurechnen sind - nicht eingeordnet werden. Das zeigt besonders deutlich die Gruppe der "nachvertraglichen Pflichten"[3]. Sie werden von CANARIS und THIELE als Nebenleistungspflichten eingestuft, wenn sie irgendwie den bereits herbeigeführten Leistungserfolg sichern oder ihm dienen sollen, weil sie dann angeblich noch das Leistungsinteresse des Gläubigers betreffen. Für die nachvertraglichen Pflichten ist aber gerade charakteristisch, daß sie zu einer Zeit zu erfüllen sind, in der die Leistungsinteressen des Gläubigers bereits vollständig befriedigt sind[4].

---

1) vorausgesetzt, die fraglichen Pflichten sind in das Synallagma miteinbezogen. Ob sie das sind, bedarf hier keiner Erörterung, denn die im Text folgenden Ausführungen gelten gleichermaßen, wenn im Falle der Nichteinbezogenheit die §§ 280, 286 in Betracht gezogen würden.

2) SCHMIDT, Nachwort, S. 142; vgl. auch CANARIS, aaO, die einleitenden Darlegungen.

3) dazu LARENZ, SchR I, § 10 II g, S. 112 f. und § 19 II a, S. 200.

4) LARENZ, aaO.

Diesen Pflichten stehen denn auch als Kehrseite keine entsprechenden primären Erfüllungsansprüche gegenüber. Die fraglichen Pflichten können daher nicht Leistungspflichten i.S. der §§ 323 ff. (§§ 280 ff.) sein.

Dieses Ergebnis wird bestätigt durch eine genauere Betrachtung des Gläubigerinteresses, auf das die Pflichten, die der ordnungsgemäßen Erfüllung oder der Erhaltung des Leistungserfolges dienen, ausgerichtet sind. Entgegen der Ansicht von CANARIS und THIELE zielen sie auf das negative, das Erhaltungsinteresse des Gläubigers ab. Das Erhaltungsinteresse ist nicht beschränkt auf den Bestand des Gläubigers vor Vertragsschluß. Es erstreckt sich vielmehr auch auf den Bestandszuwachs, den der Gläubiger durch die Erfüllung des jeweiligen Vertrages erlangt. M.a.W. der Gläubiger hat ein negatives Interesse auch daran, daß der Bestandszuwachs nicht gefährdet oder beeinträchtigt wird; sein Erwerb soll nicht wieder durch pflichtwidriges Handeln des Schuldners geschmälert werden.

CANARIS und THIELE haben freilich nicht verkannt, daß die von ihnen als Nebenleistungspflichten eingestuften Schutzpflichten keine "echten" Leistungspflichten sind. Das zeigt sich etwas versteckt darin, daß CANARIS[1] von Nebenleistungspflichten i.w.S. spricht, und THIELE[2] auf eine Akzessorietät der Nebenleistungspflichten von der primären Leistungspflicht hinweist. Die fraglichen Pflichten treten "neben" die Leistungspflichten, bestehen überhaupt nur, wenn die Leistungspflichten wirksam begründet sind. Die Betonung muß daher bei CANARIS und THIELE auf der Vorsilbe "Neben-" liegen. Doch ändert das nichts daran, daß der Wortteil "-leistung-" unangebracht ist, weil er in die Irre führt[3]. Der terminus Nebenleistungs-

1) S. 477, l.Sp. sowie FN 16.
2) S. 650, r.Sp.
3) Gemeint sind bei CANARIS und THIELE Pflichten, die "neben" der Leistung aber mit ihr in untrennbarem Sachzusammenhang stehend geschuldet sind. Demgegen-

pflicht als Ausdruck der Akzessorietät zu einer Leistungspflicht sollte daher vermieden werden.

3. Zum Begriff der Leistungsstörung

Die begriffliche Trennung zwischen Leistungspflichten und Nebenpflichten wird gänzlich abgelehnt von FIKENTSCHER[1]. Er rechnet die Nebenpflichten dem Leistungsinhalt zu und bezeichnet sie folglich als Leistungspflichten, weil nur so bei Verletzung einer Nebenpflicht von einer Leistungsstörung gesprochen werden könne. Allerdings sind auch nach FIKENTSCHER "der auf Erfüllung des Versprochenen gerichtete Hauptanspruch und die allgemeinen vertraglichen Verhaltenspflichten etwas grundsätzlich Verschiedenes". Er erkennt daher an, daß sein weiter Leistungsbegriff noch der Differenzierungen bedarf, um die gebotene unterschiedliche rechtliche Behandlung einzelner "Leistungsbestandteile" sichtbar zu machen. Folgt man dieser Ansicht, so könnte man von Leistungspflichten i.w.S. und Leistungspflichten i.e.S. sprechen und die Anwendbarkeit der §§ 323 ff. auf letztere - die gegenständlichen Erfüllungspflichten - beschränken. Doch dürfte dies zur terminologischen Klarheit nicht beitragen. Da das rein terminologische Argument FIKENTSCHERS aus der Argumentation mit dem Begriff der Leistungsstörung nicht schwer wiegt[2], wird hier seiner Terminologie nicht gefolgt.

4. Die Terminologie ESSERS

Die hier durchgeführte Dreiteilung in Hauptleistungspflichten, Nebenleistungspflichten und Nebenpflichten

---

über deutet das Präfix "Neben-" in der Wortbildung Nebenleistung(spflicht) lediglich auf eine wirtschaftlich bedingte Differenzierung zur Hauptleistung hin und läßt die rechtliche Einordnung als Leistung(spflicht) unberührt. So wird der terminus auch weitgehend verstanden.

1) § 8 3, S. 29 ff.

2) zu dem von STOLL eingeführten Ausdruck Leistungsstörung vgl. die Kritik von KÖPCKE, S. 12.

vertritt auch ESSER[1]. Für die Unterscheidung zwischen Nebenleistungspflichten und Nebenpflichten hält er aber den Gesichtspunkt für maßgebend, "daß erstere noch in das Synallagma miteinbezogen sind und ihre Erfüllung auch Gegenstand einer selbständigen Erfüllungsklage sein kann". Die Einbezogenheit in das Synallagma kann jedoch kein Merkmal der Nebenleistungspflicht sein. Nebenleistungspflichten aus gegenseitigem Vertrag können vielmehr sowohl synallagmatisch als auch nichtsynallagmatisch sein[2]. Zudem bestehen keine Bedenken gegen die Annahme, daß Nebenleistungspflichten auch aus nichtgegenseitigen Verträgen entstehen können. - ESSER will ferner von Nebenleistungspflichten "im Gegensatz zu anderen Nebenpflichten" nur dann sprechen, "wenn das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung dieser Pflicht dem an der Erfüllung der sog. Hauptpflicht gleichzusetzen ist"[3]. Ist hiermit an die Art des Interesses gedacht, so ist dem zuzustimmen. Meint ESSER aber die Intensität des Gläubigerinteresses, so wäre das abzulehnen. Denn die Intensität des Gläubigerinteresses vermag über die Klassifizierung einer Schuldnerpflicht nichts auszusagen; es kann lediglich für die Bestimmung der Rechtsfolge einer Pflichtverletzung erheblich sein.

5. Charakterisierung der Nebenleistung

Wird nach alledem bei der Abgrenzung der Leistungspflichten von den Nebenpflichten primär auf den Inhalt der Pflicht abgestellt, wie das hier geschieht, so kann insbesondere die Nebenleistungspflicht gegenüber der Nebenpflicht folgendermaßen charakterisiert werden[4]: Sie hat einen selbständigen, auf ein Tun oder Unterlassen gerichteten Pflichtgegenstand. Dieser

---

1) § 5 III 1, S. 25 ff.
2) s. oben S. 61 ff, 66 ff.
3) § 5 III 1 a, a.E., S. 26.
4) so auch KÖPCKE, S. 56; ebenfalls LARENZ, SchR I, § 2 I, S. 6 f., allerdings für Leistungspflichten in toto.

ist, wird er geleistet, in irgendeiner Weise von Vorteil für den Gläubiger. Er erweitert den Rechts- oder Herrschaftsbereich des Gläubigers über den Bestand hinaus, den er durch die Erfüllung der Hauptleistungspflicht erlangt. Er ist ferner so beschaffen, daß er einklagbar und mit den Mitteln des Vollstreckungsrechts durchsetzbar ist. Die Nebenleistungspflicht kann schließlich in Hinblick auf ihren Rechtsgrund sowohl aus einer ausdrücklichen Abrede folgen, wie auch aus der Art des Vertrages - aus der "Natur der Sache", wie auch unmittelbar aus dem Gesetz.

II. Abgrenzung der Hauptleistungspflichten von den Nebenleistungspflichten

1. Kriterium: Bedeutung der Leistungspflicht für den Geschäftszweck

Weisen Hauptleistungs- und Nebenleistungspflichten von ihrer Struktur her die gleichen Merkmale auf, so können sie sich nur durch ihre Bedeutung im Vertragsganzen unterscheiden. Fraglich ist dann, nach welchen Kriterien die Bedeutung der Leistungspflicht festzustellen ist. Greift eine objektiv-generalisierende Betrachtungsweise Platz, oder ist der Parteiwille maßgebend, oder sind objektive und subjektive Gesichtspunkte zu verbinden? Ohne hierauf sogleich eingehen zu müssen, kann jedenfalls gesagt werden, daß die vertragstypische Leistung immer Hauptleistung ist. Denn sie bestimmt entscheidend den Vertrags- bzw. den Geschäftszweck. Neben sie tritt die Nebenleistung mit eigenem zusätzlichem Inhalt[1], die aber im Verhältnis zur Hauptleistung von nur untergeordneter Bedeutung ist.

---

1) vgl. KÖPCKE, S. 58

2. Kriterien, nach denen die Bedeutung der Leistungspflicht festzustellen ist

a) Bestimmung allein vom Parteiwillen her?

aa) Die Ansicht des RG

Das RG erachtete eine Leistung als Hauptleistung, "wenn ihr nach dem Willen der Beteiligten, wie er bei dem Vertragsschlusse seinen Ausdruck gefunden hat oder sich aus den Umständen ergibt, eine wesentliche Bedeutung beigelegt wurde, wenn sie also etwas ist, worauf es der einen oder anderen Partei in hohem Grade ankam, was sie unter allen Umständen erlangen wollte, was deshalb für sie nicht eine Nebensache war, auf die sie keinen großen Wert legte"[1]. Mit dieser Bestimmung der Hauptleistung grenzte das RG zugleich negativ die Nebenleistung ab. Eine selbständige Bestimmung der Nebenleistung hat das RG darüber hinaus nicht versucht. Vielmehr hat es eine Kasuistik[2] aufgebaut, die es aber auch heute noch nicht erlaubt, eine praktikable Definition zu formulieren.

bb) Die Ansicht der h.L.

Im Schrifttum ist die Ansicht des RG, Haupt- und Nebenleistung seien - unabhängig von der Rechtsquelle Vertrag, Gesetz oder Treu und Glauben - nach dem Willen der jeweiligen Vertragspartner zu bestimmen, weitgehend übernommen worden[3]. Eine Nuance kommt bei LARENZ[4] zum Ausdruck, der die Rechte aus § 326 nur gewähren will, wenn die Hauptpflicht "für das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung von

---

1) RGZ 101, 429, 431.
2) s. dazu RGRK-WILDE, § 326 Anm. 6.
3) So bei STAUB, Anhang zu § 374, Anm. 164; STAUDINGER-WEBER, § 241, RNr. 89; STAUDINGER-KADUK, § 326 RNr. 73, 78; ERMAN-BATTES, § 326 Anm. 4 c; SOERGEL-SIEBERT-Reimer SCHMIDT, § 326 RNr. 5; PALANDT-HEINRICHS, § 326 Anm. 3 b; LARENZ, SchR I, S. 263, 264; MEDICUS, § 11 II 2, S. 89; wohl in Widerspruch zu seinen vorherigen Ausführungen; WÜRDINGER-RÖTTLICHT, Vor § 373 Anm. 291.
4) SchR I, § 23 II, S. 263, 264.

einiger Bedeutung ist". Zur begrifflichen Bestimmung der Hauptleistung zieht er dieses Kriterium aber nicht heran. Das geschieht dagegen unter Berufung auf LARENZ bei STAUDINGER-KADUK[1]: "Eine Hauptverpflichtung innerhalb eines gegenseitigen Vertrages ist eine solche, die für das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung von einiger Bedeutung ist." Damit werden der Parteiautonomie Grenzen gesetzt, und in die subjektive Theorie des RG wird ein objektives Moment getragen[2]. Denn die vereinbarte (Gesamt-) Leistung und (Gesamt-)Gegenleistung sind regelmäßig feststellbar, ohne daß mit Auslegung auf den Willen der Parteien zurückgegangen werden muß.

Die rein subjektive Theorie vertritt auch KRÖGER[3]: Die Nebenleistung weise zwei Merkmale auf. Sie trete zu den übrigen die Gesamtleistung bildenden Leistungen hinzu (Nebeneinander der Leistungen), und sie weise im Gegensatz zur Hauptleistung nur untergeordnete Bedeutung auf (Nebensächlichkeit der Leistung). Aber - und damit werden die beiden scheinbar objektiven Merkmale sogleich relativiert - die "nebensächliche Bedeutung besteht wohlgemerkt vom Standpunkt der Parteiinteressen aus beurteilt, so daß ein und dieselbe Leistung bald als Haupt-, bald als Nebenleistung erscheinen kann."

b) Die objektive Abgrenzungstheorie

SCHULZE[4] will die Abgrenzung nach objektiven Kriterien durchführen. Nach ihm ist die Unterscheidung "objektiv aus dem von den Parteien in Vertragsfreiheit geschaffenen Vertragstatbestand zu folgern". "Die den Vertragszweck tragende Leistung ist die Hauptleistung,

---

1) § 326 RNr. 73.
2) vgl.auch ESSER, § 49 IV, S. 354; ebenfalls ENNECCERUS-LEHMANN, § 52 II 3, S. 223, nach denen die Hauptverpflichtung eine "unter den obwaltenden Umständen erheblich ins Gewicht fallende(n) Verpflichtung" ist.
3) S. 9, 10.
4) S. 3 ff.

die mit einer dienenden Funktion ausgestatteten Pflichten sind Nebenleistungsverbindlichkeiten."[1] Sein Ausgangspunkt ist die sicherlich richtige These, schuldrechtliche Verträge dienten der Herbeiführung wirtschaftlicher Erfolge. Demnach bestimme der wirtschaftliche Zweck des Vertrages, welches seine Hauptleistung sei. Der wirtschaftliche Zweck eines Kaufvertrages beispielsweise sei der Umsatz von Ware gegen Geld, der eines Mietvertrages die zeitlich begrenzte Gebrauchsgewährung an einer Sache gegen Leistung des Mietzinses und so fort. Folglich seien einerseits Übergabe und Eigentumsverschaffung sowie Kaufpreiszahlung und andererseits Gebrauchsgewährung sowie Mietzinszahlung die Hauptleistung aus einem einfachen Kauf- bzw. Mietvertrag[2]. Dagegen seien alle die Leistungen, die der Hauptleistung funktionell untergeordnet sind, dienende Leistungen mit Aufgaben der Art, die Erfüllung der Hauptleistung in besonderer Weise zu regeln oder den Vorteil aus der Hauptleistung durch eine Zutat zu steigern. Im Rahmen dieser Leistungen stehe es den Parteien aufgrund der Vertragsfreiheit offen, "einer Nebenleistung mehr oder weniger wesentliche Bedeutung beizulegen, so daß sowohl eine äußerst nebensächliche als auch eine recht bedeutsame Vertragspflicht unter den Begriff der Nebenleistung fallen kann"[3].

Sein wesentliches Argument zieht SCHULZE aus einem Gebot der Logik, dessen Außerachtlassung er dem RG zugleich vorwirft[4]. Es sei nämlich ein Widerspruch in sich selbst, daß die Parteien einen Vertrag, dessen sozialer Sinngehalt nur in einem einzigen wirtschaft-

---

1) S. 6.
2) auch MEDICUS, § 11 II 1, S. 84, schlägt vor, die vertragstypischen als Hauptleistungspflichten und die vertragsuntypischen Pflichten als Neben-(leistungs-)pflichten zu bezeichnen.
3) S. 4; welchen Sinn und Zweck es haben soll, einer Nebenleistung mehr oder weniger wesentliche Bedeutung beizulegen, bleibt bei SCHULZE allerdings unklar; es soll bei der Beurteilung der Rechtsfolgen "gebührende Anerkennung" finden (S. 5).
4) S. 4; vgl. auch S. 52 f.

lichen Zweck liege, mit zwei Hauptverbindlichkeiten einer Partei ausstatten könnten. Denn in letzterem Falle würde der Vertrag als gemischter - Kombinationsvertrag - zu qualifizieren sein und nicht als reiner Typenvertrag, von dessen Vorstellung die Parteien aber ausgegangen seien. Zur Verdeutlichung seiner Überlegung verweist er auf die RG-Entscheidung im 101. Bande, S. 228 ff.: Die Parteien hatten einen Kaufvertrag geschlossen und auf die Verpflichtung des Verkäufers, in der Rechnung das genaue Brutto- und Taragewicht der Sendung anzugeben, besondere Betonung gelegt. Diese Verpflichtung qualifizierte das RG daher als Hauptleistungspflicht. Damit, so meint SCHULZE, habe das RG den Parteien den Willen unterschoben, einen aus Kaufvertrags- und Werkvertragselementen gemischten Vertrag schließen zu wollen. Denn einzig wirtschaftlicher Zweck des Vertrages sei der Umsatz von Ware gegen Geld gewesen. Diesem Zweck habe die genaue Aufzeichnung allein gedient, und sie sei daher Nebenleistungspflicht. Bei ihrer Ausgestaltung zur Hauptleistungspflicht wäre sie dagegen eine solche aus Werkvertrag gewesen.

Die Ansicht SCHULZES führt somit zu dem Ergebnis, daß synallagmatische, reine Typenverträge jeden Vertragspartner nur zu einer Hauptleistung verpflichten. Zusätzlich bestehende Leistungspflichten aus einfachem Typenvertrag sind Nebenleistungspflichten.

In ähnlicher Weise grenzt SCHUNKERT[1)] die Hauptleistung von der Nebenleistung ab. Für ihn ist die Hauptleistung diejenige, "die dem ganzen Vertrage den Stempel ihrer typischen Eigenart aufdrückt". Daher "sind alle vertraglichen Vereinbarungen neben der Grundverpflichtung Nebenverpflichtungen".

c) Eigene Stellungnahme

Den beiden so kontrovers gegenüberstehenden Theorien liegt im Kern das gleiche Problem zugrunde, von dessen

---

1) S. 37, 38.

Lösung die Entscheidung für die eine oder andere Ansicht abhängt: der Umfang der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit als Teil der Vertragsfreiheit. Für das RG ist die Vertragsfreiheit im Problemkreis Haupt- und Nebenleistung nahezu uneingeschränkt. Nach SCHULZE ist sie hingegen aufgrund logischer Gebote ausgeschlossen: Wollen die Parteien einen einfachen Typenvertrag abschließen, so ist es ihnen benommen, eine Nebenleistung zur Hauptleistung vertraglich zu erheben. Denn nur die vertragstypische Leistung soll im reinen Typenvertrag Hauptleistung sein, weil alle anderen Leistungen jener gegenüber nur dienende Funktion haben können, und die Vereinbarung einer gleichrangigen Leistung neben der vertragstypischen zu einem Typenkombinationsvertrag führen würde.

Diese Argumentation der objektiven Theorie übersieht aber zweierlei. Das Nebeneinander von zwei Hauptleistungen auf einer Vertragsseite aus einem reinen Typenvertrag mag zwar wegen dessen charakteristischer Zweckbestimmung begrifflich nicht ohne weiteres zu erklären sein. Entscheidend für die Parteien ist aber doch nicht die Qualifizierung einer (Nebenleistungs-) Pflicht als Hauptleistungspflicht, sondern die Sanktion einer Störung der (Neben-)Leistungspflicht mit den Gläubigerrechten aus §§ 325 I 1, 326 I 2. Die Parteien werden sich in aller Regel über die Unterscheidung Haupt- und Nebenleistung gar nicht im klaren sein. Klarheit besteht aber gegebenenfalls darüber, daß mit der ordnungsgemäßen Erfüllung der für besonders wichtig erachteten (Neben-)Leistungspflicht der Vertrag wie bei der vertragstypischen Hauptleistungspflicht "stehen oder fallen" soll. Es werden also in den fraglichen Fällen für besondere Pflichten in erster Linie die Rechtsfolgen für eventuelle Leistungsstörungen vereinbart, und zwar die gleichen Rechtsfolgen wie bei Störung der vertragstypischen Hauptleistung. Man könnte daher auch anstatt von - vertragsuntypischen - Hauptleistungspflichten von

Nebenleistungspflichten sprechen, deren Störung kraft Parteiabrede verschärfte Rechtsfolgen auslöst, um die oben geäußerten begrifflichen Bedenken auszuräumen. Daß nämlich grundsätzlich eine Verschärfung der Rechtsfolgen für bestimmte Tatbestände vertraglich ausbedungen werden kann, wird wohl von niemandem in Zweifel gezogen[1]. Selbst vom Standpunkt der objektiven Theorie aus, wonach der einfache Typenvertrag zu nur einer Hauptleistung für jeden Vertragspartner führen kann, ist daher die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß die Störung einer Nebenleistungspflicht die für die Hauptleistung gegebenen Rechtsfolgen auslöst.

Aber auch das Argument, die vertraglich ausbedungene Aufwertung einer Nebenleistungspflicht zur Hauptleistungspflicht gestalte den Typenvertrag zu einem Typenkombinationsvertrag um, erscheint keineswegs logisch zwingend. Denn eine gewöhnliche Nebenleistungspflicht aus reinem Typenvertrag verliert ihre charakteristische Zuordnung zu diesem Vertrag nicht dadurch, daß die Parteien abweichend von der gesetzlichen Regelung die Rechtsfolgen einer eventuellen Leistungsstörung verschärfen. Eine solche Rechtsfolgenverschärfung spaltet nicht notwendig den typischen Geschäftszweck in zwei verschiedene Richtungen auf. Das läßt sich am Kaufvertrag verdeutlichen: Die Abnahmepflicht des Käufers ist nach einhelliger Auffassung all derer, die die Unterteilung Haupt- und Nebenleistung überhaupt für richtig halten, eine Nebenleistungspflicht aus reinem Typenvertrag. Diese Pflicht des Käufers wird nicht untypisch für den Kaufvertrag, nur weil kraft Parteiabrede die sie betreffende Leistungsstörung schärfer als vom Gesetz vorgesehen sanktioniert werden soll. Sie bleibt vielmehr auch dann typenbildendes Merkmal des Kaufvertrages. Dessen Geschäftszweck Umsatz von Ware gegen Geld

---

1) vgl. zur Freiheit der inhaltlichen Gestaltung: DILCHER, NJW 1960, 1040; LARENZ, SchR I, § 4 II, S. 41 ff.; ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 163 VI 43, S. 1010, 1011.

ist unverändert, ohne daß ein weiterer Geschäftszweck etwa werkvertraglicher Natur hinzukommt. Freilich enthält der Kaufvertrag mit der Abnahmepflicht ein werkvertragliches Element. Dieses Element ist aber in seiner besonderen Art für den Typus Kaufvertrag gerade kennzeichnend. Trotz der möglichen verschieden starken Ausprägung dieses Elements in Hinblick auf die Sanktion einer Störung fügt es sich dem Sinnganzen des einen Typus ein.

In diesem Sinne muß auch der Ansicht SCHULZES, das RG habe in der angeführten Entscheidung durch die Qualifizierung der Pflicht zur spezifizierten Rechnungserteilung als Hauptleistungspflicht aus einem von den Parteien gewollten Kaufvertrag einen gemischten Vertrag (Kauf- und Werkvertrag) gemacht, widersprochen werden. Denn die Pflicht des Verkäufers zur Erteilung einer Rechnung oder auch eines Lieferscheines ist durchaus typisch für den Kaufvertrag. Die Hervorhebung dieser Pflicht durch Vereinbarung strenger Sanktionen für den Fall der Leistungsstörung sprengt das "Merkmalganze"[1] des Typs Kaufvertrag nicht und ändert offenkundig auch nicht dessen Geschäftszweck.

Die gedankliche Grundlage der objektiven Theorie erweist sich demnach als fehlerhaft. Eine logische Notwendigkeit, die inhaltliche Gestaltungsfreiheit im Problemkreis Haupt- und Nebenleistung zu verneinen, besteht nicht. Dann muß auch in diesem Bereich der Grundsatz der Vertragsfreiheit gelten. Das erkennt die subjektive Theorie an, der daher grundsätzlich zu folgen ist.

Bei der Anwendung der subjektiven Theorie werden gleichwohl die gegen sie geltend gemachten Bedenken zu berücksichtigen sein. Denn in der Tat kann eine vertragliche Nebenleistung, die als solche dem Regelungsmuster eines Typenvertrages noch entspricht, als vereinbarte Hauptleistung den Vertrag zu einem typen-

---

1) LARENZ, SchR II, § 38, S. 4.

gemischten gestalten. Das wird häufig der Fall sein bei nicht vertragstypischen Leistungen. So kann beim Kaufvertrag zu Lasten des Käufers eine nichttypische Nebenleistung vereinbart sein, die wegen ihrer untergeordneten Bedeutung allein nach den Regeln des Kaufes zu beurteilen ist. Das gilt regelmäßig für die Nebenleistung i.S.d. § 507. Diese Vorschrift setzt trotz der Vereinbarung einer Nebenleistung zu Lasten des Käufers einen typischen Kaufvertrag voraus[1]. Einer Entscheidung des RG[2] zu § 507 lag ein Kaufvertrag zugrunde, nach dem sich der Käufer zusätzlich zur Kaufpreiszahlung auch zu einer "gewisse(n) persönliche(n) Dienstleistung, Wartung und Pflege des schon bejahrten" Verkäufers verpflichtet hatte. Das RG sah zu Recht in dieser Zusatzleistung eine Nebenleistung aus einfachem Kaufvertrag, denn sie stand nach dem Parteiwillen in ganz untergeordnetem Verhältnis zur Kaufpreiszahlung. Wäre diese Nebenleistung aber für die Parteien von so großer Bedeutung gewesen, daß mit ihrer ordnungsgemäßen Erfüllung ebenso wie bezüglich der Kaufpreiszahlung der Vertrag hätte "stehen und fallen" sollen, so wäre der Vertrag aus Kauf- und Dienstvertrag gemischt gewesen. Ähnlich verhält es sich beispielsweise[3], wenn es der Verkäufer übernimmt, die verkaufte Sache vorübergehend aufzubewahren. Die Verwahrungspflicht ist dann regelmäßig eine Nebenleistungspflicht aus dem Kaufvertrag. Steht sie aber aufgrund des Parteiwillens der Verkäuferpflicht aus § 433 I gleich, so wird man einen Typenkombinationsvertrag (Kauf und Verwahrung) anzunehmen haben.

Die Frage, ob die ausbedungene Aufwertung einer regelmäßig nur als Nebenleistung zu qualifizierenden Leistung zur Hauptleistung aus einem einfachen typisierten Vertrag einen Typenkombinationsvertrag werden läßt, ist daher zu bejahen, wenn die Leistung schon als

---

1) vgl. statt vieler SOERGEL-SIEBERT-BALLERSTAEDT, § 507 RNr 1; vgl. auch RGZ 125, 123, 125,127.
2) RGZ 121, 137.
3) Beispiel von LARENZ, SchR II, § 62 I, S. 329.

Nebenleistung nicht vertragstypisch für den Vertrag ist; sie ist zu verneinen, wenn eine vertragstypische Nebenleistung kraft Parteiwillens zur Hauptleistung wird. Eine Einschränkung der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit durch logische Gebote liegt darin insofern, als die Parteien nicht innerhalb eines Typenvertrages jede Nebenleistung als Hauptleistung vereinbaren können, sondern nur die vertragstypischen.

Bei der Bestimmung einer Leistungspflicht als Haupt- oder Nebenleistungspflicht ist folglich der Parteiwille nicht nur dahingehend zu ermitteln, welche Bedeutung der Leistungspflicht beigemessen wurde, sondern es ist auch zu berücksichtigen, ob die Parteien einen auf einen einheitlichen Geschäftszweck abzielenden Vertrag wollten - wie dies regelmäßig bei den im Gesetz ausgeformten gegenseitigen Verträgen der Fall ist -, oder ob mehrere unterschiedliche Geschäftszwecke verfolgt wurden, wie das regelmäßig bei Typen kombinationsverträgen geschieht.

3. Strenge Anforderungen an die Einordnung einer Leistung von objektiv nur untergeordneter Bedeutung als Hauptleistung

Bei der Prüfung, ob eine Leistungspflicht, die im Verhältnis zur Hauptleistungspflicht von objektiv nur untergeordneter Bedeutung ist, aufgrund parteiautonomer Abrede zu einer Hauptleistungspflicht angehoben ist, sollten strenge Maßstäbe angelegt werden. Das fordern die Gebote Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Die Rechtsfolgen der Verletzung einer Leistungspflicht sollen für die Parteien in abstracto vorausschaubar sein. Zugleich verhindern strenge Maßstäbe die Manipulation des Begriffs der Nebenleistung in Hinblick auf das gerecht erscheinende Ergebnis[1]. Eine solche Begriffsmanipulation droht insbesondere dann, wenn durch nach Vertragsschluß

---

1) s. hierzu und zu dem folgenden S. 78 ff, 88 ff.

eintretende Umstände die Nebenleistungspflicht an Bedeutung gewinnt, oder wenn überhaupt die Störung der Nebenleistungspflicht für den Gläubiger weittragende Folgen hat. Für die angemessene Berücksichtigung derartiger Ereignisse ist jedoch das Tatbestandsmerkmal des Interessefortfalls infolge nur teilweise möglicher Erfüllung gemäß § 325 I 2 (§ 326 I 3) das gesetzlich verankerte und geeignete Korrektiv. Die Anwendung der §§ 325 I 2, 326 I 3 bei Störung einer synallagmatischen Nebenleistungspflicht, die für den Gläubiger besonders wesentlich war oder es geworden ist, wird regelmäßig zur Gewährung der Vollrechte führen, weil eben die große Bedeutung der Nebenleistungspflicht zum Fortfall des Interesses an der nur teilweisen Vertragserfüllung führen wird. Es bedarf daher auch im Einzelfall keiner Ausdehnung des Hauptleistungsbegriffs, um zum "gerechten" Ergebnis zu gelangen.

Eine Leistungspflicht von objektiv nur untergeordneter Bedeutung sollte folglich als Hauptleistungspflicht nur eingestuft werden, wenn sie 1. als solche von den Parteien bei Vertragsschluß ausdrücklich gekennzeichnet worden ist; oder 2. wenn für ihre eventuelle Störung die Rechtsfolgen der Vollrechtstatbestände ausdrücklich vereinbart worden sind; und 3. wenn für beide Parteien der Vertrag mit der Erfüllung der (Neben-)Leistungspflicht "stehen oder fallen" sollte.

III. Zur Einbezogenheit von Nebenleistungspflichten in das Synallagma

Die synallagmatische Leistungsverknüpfung kommt zustande durch den übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien[1)2)], die einander versprochenen Leistungen auszutauschen. Jeder verpflichtet sich nur,

---

1) Zum Rechtsgrund s. oben S. 63 (FN 3).
2) Dieser Wille wird freilich fast nie ausdrücklich erklärt.

um die Gegenleistung bzw. das Versprechen der Gegenleistung zu erhalten. Ob Leistung und Gegenleistung an einem objektiven Maßstab gemessen einander gleichwertig sind, ist für den Tatbestand der synallagmatischen Verknüpfung unerheblich. Es genügt, daß jede Partei in der Leistung der anderen ein hinreichendes Entgelt für ihre eigene Leistung erblickt[1]. An dieser sog. subjektiven Äquivalenz muß sich die Prüfung, ob eine Nebenleistungspflicht in das Austauschverhältnis einbezogen ist, orientieren. Ist die subjektive Äquivalenz oder - was gleichbedeutend ist - die nach der Auffassung der Parteien vorhandene Balance von Leistung und Gegenleistung auch dann noch gewahrt, wenn eine geschuldete Nebenleistung gedanklich unberücksichtigt bleiben kann, so ist diese Nebenleistungspflicht grundsätzlich nichtsynallagmatisch. Sie ist hingegen in das Synallagma einbezogen, wenn die Balance von Leistung und Gegenleistung durch den gedachten "Abzug" der Nebenleistung gestört wird. Bei dieser Betrachtung sind Leistung und Gegenleistung i.S. der jeweiligen Gesamtleistung zu sehen. Denn auf sie bezieht sich das subjektive Urteil der Äquivalenz. Daher ist eine Nebenleistung nicht nur dann ins Synallagma einbezogen, wenn ihr eine selbständige Nebenleistung gegenübersteht, sondern auch dann, wenn sie bei der Festsetzung einer einheitlichen Gegenleistung berücksichtigt worden ist.

Das Kriterium der subjektiven Äquivalenz ist einer weiteren abstrakten Präzisierung nicht zugänglich. Es kann aber unterstützt werden, indem bei der Prüfung der Einbezogenheit in das Gegenseitigkeitsverhältnis die Frage der Entgeltlichkeit mitberücksichtigt wird. Die Balance von Leistung und Gegenleistung wird nämlich immer dann gestört sein, wenn für die Nebenleistung ein Entgelt in der Kalkulation der Gegenleistung angesetzt worden ist. Dies wird zwar in der Regel

---

1) Diese Formulierung von LARENZ, SchR I, § 15, S. 153, entspricht inhaltlich der allg.M.

nicht auf "Heller und Pfennig" zu ermitteln sein, es genügt aber auch die Feststellung, daß die Nebenleistung auf die Festsetzung der (Gesamt-)Gegenleistung von abschätzbarem Einfluß gewesen ist. Nicht genügen kann dagegen für die Bejahung der Einbezogenheit einer Nebenleistung in das Synallagma die Entgeltlichkeit des Vertrages[1]. Denn als entgeltlich wird ein Vertrag auch schon dann angesehen, wenn die Leistungen der Parteien überhaupt in irgendeiner Form[2] miteinander verknüpft sind. Es sind daher nicht alle entgeltlichen Verträge notwendig auch Austauschverträge[3]. Folglich vermag die Entgeltlichkeit des Rechtsgeschäfts nichts über die Art der Leistungsverknüpfung auszusagen und zwar auch dann nicht, wenn die Entgeltlichkeit gerade aufgrund der synallagmatischen Gegenseitigkeitsbindung gegeben ist. Denn eine entsprechende Feststellung bezieht sich auf den Vertrag als ganzen, nicht aber auch auf jede einzelne Leistungspflicht. Die Beurteilung eines Vertrages als entgeltlich weil synallagmatisch ist eben unabhängig davon, daß aus einem solchen Vertrag auch nicht in das Austauschverhältnis einbezogene Leistungspflichten entstehen können.

Wird die Entgeltlichkeit einer Nebenleistung verneint, so darf andererseits nicht ohne weiteres auf ihre nichtsynallagmatische Natur geschlossen werden. Es gibt nämlich Nebenleistungspflichten, die inhaltlich so eng mit dem Gegenstand der Hauptleistungspflicht verbunden sind, daß deren Gegenseitigkeitsbindung die Nebenleistung miterfaßt. Das gilt vornehmlich für die Nebenleistungspflicht zur Aushändigung von Beweisurkunden gemäß § 444. Als Beispiel kann wegen seiner großen praktischen Bedeutung wieder[4] der Kraftfahrzeugbrief

---

1) Hieraus leitet SCHULZE, S. 23, eine Vermutung für die Einbezogenheit von Nebenleistungen in das Synallagma ab.
2) z.B. kausal oder konditional, s. OERTMANN, Entgeltliche Geschäfte, S. 10, 12, 15 ff.
3) OERTMANN, Entgeltliche Geschäfte, S. 6.
4) zum Kraftfahrzeugbrief vgl. schon oben S. 80 ff und S. 108 f.

herangezogen werden. Der Käufer eines Gebrauchtwagens[1] wird normalerweise nicht bereit sein, die Nebenleistungspflicht des Verkäufers zur Aushändigung des Briefes auch nur mit einem Pfennig zu entgelten, und auch der Verkäufer wird sie bei seiner Preiskalkulation völlig unberücksichtigt lassen. Dennoch ist das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung gestört, wenn diese Pflicht nicht erfüllt wird. Denn für den Käufer ist es selbstverständlich, daß er auch den Brief erhält, und dies ist dem Verkäufer bekannt. Es liegt in der Natur des Geschäfts, daß auch der Brief zu übergeben ist. Ohne die entsprechende Nebenleistungspflicht würde der Gebrauchtwagenkauf im Normalfall kaum zustande gekommen sein. Die subjektive Äquivalenz wäre daher gestört, wenn jene Nebenleistungspflicht probeweise außer Ansatz bliebe. Sie ist folglich synallagmatisch[2].

---

1) Beim Ersterwerb eines Kraftfahrzeuges wird in der Praxis häufig der Brief gesondert in Rechnung gestellt, so daß der Kauf eines Neuwagens als Beispiel ungeeignet ist. Diese Praxis spricht aber gerade dafür, die Nebenleistungspflicht zur Aushändigung des Briefes auch beim Gebrauchtwagenkauf als synallagmatisch einzuordnen.

2) Es ist bewußt unterblieben, derartige Nebenleistungen als "zur Hauptleistung gehörige Leistung"zu bezeichnen. Das RG (RGZ 53, 161 (164)) hat diesen Ausdruck geprägt aber nie erklärt, was es darunter verstanden wissen wollte. Auch eine Entscheidung ist zu einer "zur Hauptleistung gehörigen Leistung" nie ergangen. Dies dürfte schon hinreichend zeigen, daß der terminus überflüssig ist. Er bringt in die ohnehin sehr uneinheitliche Terminologie nur weitere Verwirrung.

E. Zusammenfassung:

Die Arbeit hat zu folgenden Ergebnissen geführt:

1. Die vom Reichsgericht begründete und vom BGH fortgesetzte Rechtsprechung, nach der für Verbindlichkeiten aus gegenseitigem Vertrag die Anwendbarkeit der §§ 323 ff einerseits und der §§ 280 ff andererseits nach der Einteilung in Haupt- und Nebenleistung zu bestimmen ist, stellt keine geglückte richterliche Rechtsfortbildung dar. Sie erfüllt die Abgrenzungsfunktion nicht auf eine rechtstechnisch und rechtsdogmatisch einwandfreie Weise, und sie ermöglicht auch nicht eine vorausschaubare Entscheidung der zu beurteilenden kritischen Fälle.

2. Der über die Abgrenzung hinaus mit der Unterscheidung von Haupt- und Nebenleistung von der Rechtsprechung verfolgte Zweck, die Entstehung einer formalen, materiell nicht gerechtfertigten Rechtsposition zu verhindern und den Grundsatz pacta sunt servanda zu stärken, ist jedoch berechtigt.

3. Die Abgrenzung der §§ 323 ff von den §§ 280 ff für Leistungen aus gegenseitigem Vertrag hat allein nach der Unterscheidung in synallagmatische und nichtsynallagmatische Leistungen zu erfolgen.

4. Die Unterscheidung zwischen synallagmatischen und nichtsynallagmatischen Leistungen aus gegenseitigem Vertrag und deren Subsumtion unter die Normenkomplexe §§ 323 ff bzw. §§ 280 ff führt zur Beachtung der unter 2. genannten Zwecke. Dies setzt jedoch voraus, daß der Begriff der Teilleistung in den §§ 323 ff nicht auf den quantitativ bemessenen Teil einer homogenen Einzelleistung beschränkt ist, sondern auch eine

einzelne vollständige Leistung als Teil aus einer Gesamtheit von Leistungen erfaßt. Das ist nach richtiger Ansicht der Fall.

5. Das vom RG eingeführte Begriffspaar Haupt- und Nebenleistung, dessen Beibehaltung nicht zwingend ist, kann eine sinnvolle Funktion übernehmen als Abgrenzungskriterium zwischen den Vollrechtstatbeständen und den Teilrechtstatbeständen innerhalb des Normenkomplexes der §§ 323 ff. Unmöglichkeit oder Verzug der synallagmatischen Hauptleistung rechtfertigen stets die Anwendung der Vollrechtstatbestände; Unmöglichkeit oder Verzug einer synallagmatischen Nebenleistung führen zur Anwendung der Teilrechtstatbestände und nur im Falle des Interessefortfalls an einer teilweisen Vertragserfüllung zu den Folgen der Vollrechtstatbestände.

6. Für die Terminologie ist eine Dreiteilung der Begriffe in Hauptleistung, Nebenleistung und Nebenpflicht sinnvoll. Hauptleistung und Nebenleistung sind weiter zu differenzieren nach ihrer Einbezogenheit in das Synallagma.

   a) Synallagmatische Hauptleistung ist die den Geschäftszweck des Vertrages bestimmende Leistung. Außerdem ist eine Leistung (synallagmatische) Hauptleistung, wenn sie von den Parteien bei Vertragsschluß als solche ausdrücklich gekennzeichnet ist, oder wenn für ihre eventuelle Störung die Rechtsfolgen der Vollrechtstatbestände ausdrücklich vereinbart sind, und schließlich wenn für beide Parteien der Vertrag mit der Erfüllung der Leistungspflicht "stehen oder fallen" soll.

b) Die (synallagmatische) Nebenleistung weist die gleiche Struktur auf wie die (synallagmatische) Hauptleistung. Sie steht auf der Primärebene der Leistungserbringung mit einem gegenständlichen Leistungsobjekt. Dieses vergrößert oder erweitert das Vermögen oder den tatsächlichen Herrschaftsbereich des Gläubigers über den Bestand hinaus, den er durch die Erfüllung der Hauptleistungspflicht erlangt. Haupt- und Nebenleistung unterscheiden sich durch ihre Bedeutung im Vertragsganzen. Die Nebenleistung ist der Hauptleistung regelmäßig wirtschaftlich untergeordnet.

c) Die Nebenpflicht wirkt sich nicht auf der Primärebene der Leistungserbringung aus, sondern lediglich auf der Haftungsebene. Sie zielt ab auf das Erhaltungsinteresse des Gläubigers.

d) Die Einbezogenheit einer Leistungspflicht in das Synallagma ist nach der subjektiven Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung zu beurteilen.

Lebenslauf

Am 1.1.1942 wurde ich in Würzburg als Sohn des Friedrich Stephan und seiner Ehefrau Marianne, geb. Keller, geboren. Von 1948 bis 1952 besuchte ich die Volksschule, von 1952 bis 1956 das Gymnasium. Anschließend war ich vier Jahre im Hotelgewerbe als kaufmännischer Angestellter beschäftigt. Über den Zweiten Bildungsweg erlangte ich 1962 die Realschulreife und 1964 die Hochschulreife in Köln. Vom Wintersemester 1964/65 bis zum Sommersemester 1968 studierte ich Rechtswissenschaft an der Universität zu Köln. Die erste juristische Staatsprüfung legte ich am 11.12.1968 ab. Den juristischen Vorbereitungsdienst absolvierte ich vom 2.1.1969 bis November 1971 im OLG-Bezirk Köln. Am 29.5.1972 bestand ich die zweite juristische Staatsprüfung. Von Juni 1972 bis Juni 1974 war ich als wissenschaftlicher Assistent an der Universität zu Köln tätig. Seit dem 1.7.1974 arbeite ich in der Geschäftsführung eines Großhandelsverbandes.